



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## Las fundaciones en el Derecho Civil de Cataluña

Mónica Gallofré Castellanos



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- SenseObraDerivada 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - SinObraDerivada 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NoDerivatives 3.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE BARCELONA



DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

# Las fundaciones en el Derecho Civil de Cataluña

Tesis presentada por Mónica Gallofré Castellanos para optar  
al Grado de Doctora en Derecho

Director de la tesis Dr. Carlos Villagrasa Alcaide  
Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona

BARCELONA, 2015

# Las fundaciones privadas en el Derecho Civil de Cataluña

Tesis presentada por Mónica Gallofré  
Castellanos para optar al Grado de  
Doctora en Derecho

*“Así pues, la piedra angular, el eje de rotación, el elemento impulsor, la razón de ser, la esencia de las fundaciones, es la voluntad de quien, con ánimo de liberalidad, deja todos o parte de sus bienes para intentar alcanzar con ellos un fin altruista que beneficie a una colectividad indeterminada de personas. La cualidad humana que más engrandece a los hombres es la generosidad”.*

(PIÑAR MAÑAS, J.L y REAL  
PÉREZ, A. Madrid, 2000)

## RESUM (Abstract)

El sector fundacional español ha adquirido, en el marco de la crisis, que afecta a la economía española, una gran relevancia, que se refleja en el gran número de organizaciones que lo componen, la diversidad de demandas sociales que satisfacen, el empleo que generan y, por el gasto que destinan a la satisfacción de las finalidades de interés general que es la esencia de estas organizaciones, constituidas sin ánimo de lucro y que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

La fundación se ha convertido en una figura jurídica de carácter polivalente; por una parte, vinculada a las funciones sociales propias de las instituciones públicas, al mismo tiempo que, por otra, puede desarrollar actividades económicas en el mercado, en términos similares a los que distinguen a las entidades mercantiles. En este sentido, desde hace algún tiempo, la fundación se considera un *operador del mercado*, calificación que no sólo ha sido aceptada por los expertos del Derecho de Fundaciones sino también, admitida por la reciente propuesta de Código Mercantil.

La fundación ha adquirido tal relevancia que en el marco del Derecho civil catalán se ha utilizado, además, como figura organizativa relevante en el ámbito de la Administración pública, a fin de desconcentrar su actividad e incorporar criterios de nueva gestión pública, para obtener mayor efectividad y eficacia.

Un tema al que hemos querido dedicar especial atención, por ser llamado a tener un notable protagonismo en la realidad actual del mundo fundacional, es el relativo a la importancia de la autonomía de la voluntad del fundador.

La perspectiva clásica de la libertad absoluta del fundador, no representa un marco idóneo para explicar esta figura desde la realidad actual. La autonomía de la voluntad debe contemplarse mediada no solo por el patronato de la fundación sino también, necesariamente, por la intervención del protectorado, cuyo protagonismo ha adquirido especial relevancia en la regulación de las fundaciones en Cataluña; no obstante, se hayan reducido el número de autorizaciones a favor de un sistema de comunicaciones a posteriori respecto de muchos aspectos relativos a la actividad diaria de las fundaciones.

Esta tesis, aspira a ir más allá de la lectura literal de las disposiciones reguladoras de las fundaciones, de Cataluña y, pretende ofrecer una visión crítica de esta regulación, en relación a las necesidades de estas organizaciones, con el propósito de ofrecer a tal fin, posibles interpretaciones, comparaciones con otras legislaciones y por qué no, recomendaciones que ayuden a las fundaciones a conseguir sus finalidades, mediante una mejor organización y gestión.

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>DESARROLLO ARGUMENTAL .....</b>	<b>9</b>
<b>1. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y CARACTERÍSTICAS DE LA FUNDACIÓN. NATURALEZA JURÍDICA. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LAS FUNDACIONES EN CATALUÑA. ....</b>	<b>19</b>
1.1 EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL DERECHO DE FUNDACIÓN .....	19
1.1.1 CONSIDERACIONES PREVIAS .....	19
1.1.2 DERECHO CONSTITUCIONAL DE FUNDACIÓN .....	20
1.1.3 INCIDENCIA DE LA AUTONOMÍA PRIVADA SOBRE EL DERECHO DE FUNDACIÓN .....	22
1.1.4 LA VOLUNTAD DEL FUNDADOR .....	24
1.1.5 LOS LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD .....	32
1.2 DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y CARACTERÍSTICAS DE LAS FUNDACIONES .....	33
1.2.1 CONCEPTO .....	33
1.2.2 CARACTERÍSTICAS .....	35
1.3 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE FUNDACIÓN .....	37
1.4 FUTURO DE LAS FUNDACIONES .....	41
1.5 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE FUNDACIONES EN CATALUÑA .....	42
1.5.1 EL CÓDIGO CIVIL ESTATAL.....	42
1.5.2 LA LEY 1/1982, DE 3 DE MARZO, DE FUNDACIONES PRIVADAS .....	43
1.5.3 LEY 5/2001, DE 2 DE MAYO, DE FUNDACIONES, DE CATALUÑA .....	46
1.5.4 LA LEY 4/2008, DE 24 DE ABRIL, QUE APRUEBA EL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA RELATIVO A LAS PERSONAS JURÍDICAS .....	47
<b>2. CONCEPTO DE FUNDACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. OBJETO Y ALCANCE. FINES Y BENEFICIARIOS.....</b>	<b>49</b>
2.1 CONCEPTO LEGAL.....	49
2.1.1 LA APARICIÓN DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS .....	52
2.1.2 PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	56
2.2 OBJETO Y ALCANCE DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA .....	57
2.3 FINES Y BENEFICIARIOS .....	59
<b>3. LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN (I): CAPACIDAD .....</b>	<b>62</b>
3.1 CONSIDERACIONES GENERALES.....	62
3.2 CAPACIDAD PARA CONSTITUIR FUNDACIONES.....	63
3.2.1 FUNDACIONES CONSTITUIDAS POR PERSONAS FÍSICAS .....	65
3.2.2 FUNDACIONES CONSTITUIDAS POR PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS .....	68
3.2.3 FUNDACIONES CONSTITUIDAS POR PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS.....	70
3.3 MODALIDADES .....	78
3.4 PERSONALIDAD JURÍDICA.....	80
3.5 FUNDACIÓN EN CONSTITUCIÓN.....	83
<b>4. LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN (II): LA DOTACIÓN.....</b>	<b>86</b>

4.1	CONSIDERACIONES GENERALES .....	86
4.2	LA DOTACIÓN INICIAL .....	86
4.3	LA APORTACIÓN DE LA DOTACIÓN .....	91
4.4	REVERSIÓN DE LOS BIENES EN CASO DE IMPOSIBILIDAD DE CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN .....	95
4.5	ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA DOTACIÓN .....	96
4.6	FINANCIACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN.....	96
4.7	LAS FUNDACIONES TEMPORALES .....	97
4.8	EL RESPETO A LA VOLUNTAD DEL FUNDADOR EN TANTO QUE EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.....	98
<b>5.</b>	<b>LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN (III): LA CARTA FUNDACIONAL .....</b>	<b>100</b>
5.1.	LA CARTA FUNDACIONAL.....	100
5.1.1	OTORGANTES.....	103
5.1.2	FORMA .....	105
5.1.3	CONTENIDO .....	106
5.2.	LA INSCRIPCIÓN DE LA FUNDACIÓN EN EL REGISTRO DE FUNDACIONES.....	111
5.3	FUNCIONES DE SUPLENCIA .....	112
5.3.1	FUNCIONES DE SUPLENCIA EN EL CASO DE NO SOLICITUD DE LA INSCRIPCIÓN POR PARTE DE LOS PATRONOS.....	112
5.3.2	FUNCIONES DE SUPLENCIA EN EL CASO DE NO PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD POR PARTE DE LAS PERSONAS DESIGNADAS PARA EJECUTAR LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE.....	113
5.3.3	DEBER DE INFORMACIÓN POR PARTE DE LOS NOTARIOS ACTUANTES.....	113
5.4.	LOS ESTATUTOS DE LA FUNDACIÓN .....	114
5.4.1	CONFIGURACIÓN EXTERNA DE LA PERSONA JURÍDICA .....	115
5.4.2	FINALIDAD FUNDACIONAL.....	118
5.4.3	FUNCIONAMIENTO .....	121
5.4.4	GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN .....	124
<b>5.5.</b>	<b>ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS .....</b>	<b>129</b>
5.5.1	MATERIAS OBJETO DE ADAPTACIÓN .....	129
5.5.2	NOVEDADES QUE INTRODUCE EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA QUE SÓLO SE ACTIVAN SI HAN SIDO PREVISTAS EN LOS ESTATUTOS.....	130
<b>6.</b>	<b>EL ÓRGANO DE GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN: EL PATRONATO .....</b>	<b>131</b>
6.1	CONSIDERACIONES GENERALES .....	131
6.2	LA ACTUACIÓN DEL PATRONATO Y LA VOLUNTAD DEL FUNDADOR .....	138
6.3	GOBIERNO DE LA FUNDACIÓN .....	139
6.3.1	ACTIVIDAD NORMATIVA .....	139
6.4	ADMINISTRACIÓN DE LA FUNDACIÓN .....	150
6.4.1	PRINCIPIOS QUE DEBEN INFORMAR LA ADMINISTRACIÓN.....	150
6.4.2	EL PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE UNA FUNDACIÓN .....	152
6.4.3	ACTOS DE DISPOSICIÓN .....	153
6.4.4	FORMULACIÓN DE CUENTAS ANUALES Y LLEVANZA DE LIBROS .....	157
6.5	REPRESENTACIÓN DE LA FUNDACIÓN .....	160
6.6	ESTRUCTURA Y NORMAS ORGANIZACIÓN DEL PATRONATO .....	164
6.6.1	ESTRUCTURA.....	164
6.6.2	COMPOSICIÓN.....	164

6.6.3 FALTA DE MIEMBROS DEL PATRONATO.....	166
6.6.4 FUNCIONAMIENTO .....	166
6.6.5 CARGOS.....	169
6.6.6 NORMAS DE ORGANIZACIÓN .....	171
<b>7 EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRONATO.....</b>	<b>173</b>
7.1 CONSIDERACIONES GENERALES .....	173
7.2. CLASES DE PATRONOS.....	173
7.2.1 LA PERSONA JURÍDICA COMO PATRONO DE LA FUNDACIÓN .....	174
7.2.2 LA PERSONA FÍSICA COMO PATRONO DE LA FUNDACIÓN.....	176
7.3 VICISITUDES DEL CARGO DE PATRONO.....	181
7.3.1 NOMBRAMIENTO DEL PATRONO .....	181
7.3.2 ACEPTACIÓN DEL CARGO .....	182
7.3.3 DURACIÓN DEL CARGO.....	185
7.3.4 GRATUIDAD .....	186
7.3.5 AUTO CONTRATACIÓN .....	189
7.3.6 SUSTITUCIÓN, CESE Y SUSPENSIÓN DEL DESEMPEÑO DEL CARGO DE PATRONO .....	191
7.3.7 OBLIGACIONES.....	199
7.3.8 RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS .....	200
7.4 DELEGACIONES Y APODERAMIENTOS .....	213
7.4.1 DELEGACIÓN DE FUNCIONES .....	213
7.4.2 APODERAMIENTOS.....	216
7.5 INTERVENCIÓN TEMPORAL DE LA FUNDACIÓN.....	220
7.5.1 CAUSAS.....	220
7.5.2 PROCEDIMIENTO.....	221
<b>8. FUNCIONAMIENTO Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS .....</b>	<b>224</b>
8.1 LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES DEL PATRONATO .....	224
8.1.1 PLANTEAMIENTO GENERAL.....	224
8.1.2 PLANTEAMIENTO EN LA LEY DE FUNDACIONES 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE.....	225
8.1.3 RÉGIMEN DE ENAJENACIÓN Y GRAVAMEN EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.....	226
8.2. APLICACIÓN OBLIGATORIA.....	230
8.2.1 EL PORCENTAJE FIJADO.....	230
8.2.2 OBTENCIÓN DE LAS RENTAS O INGRESOS NETOS .....	232
8.2.3 EFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN .....	233
8.3 GASTOS DE FUNCIONAMIENTO (ANTES LLAMADOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN) .....	234
8.4. PARTICIPACIÓN EN SOCIEDADES .....	236
8.4.1 PLANTEAMIENTO GENERAL.....	236
8.4.2 LA FUNDACIÓN EMPRESA.....	236
8.5. GESTIÓN DIRECTA DE EXPLOTACIONES ECONÓMICAS .....	243
8.6. REMUNERACIÓN DE ACTIVIDADES .....	245
<b>9. CONTABILIDAD, AUDITORÍA, PLAN DE ACTUACIÓN .....</b>	<b>246</b>
9.1 CONTABILIDAD .....	246
9.1.1. DEBERES DE LA FUNDACIÓN EN RELACIÓN CON SU CONTABILIDAD .....	246
9.1.2 LOS PRINCIPIOS CONTABLES .....	248

9.2. LAS CUENTAS ANUALES.....	250
9.2.1 APROBACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES .....	251
9.2.2 PRESENTACIÓN Y MANIFESTACIÓN DE LAS CUENTAS ANUALES .....	251
9.2.3 DOCUMENTACIÓN QUE INTEGRA LAS CUENTAS ANUALES.....	254
9.3. LOS LIBROS CONTABLES .....	260
9.4. AUDITORÍA DE CUENTAS.....	261
9.5. LOS FONDOS ESPECIALES.....	265
9.5.1 CONCEPTO.....	265
9.5.2 NATURALEZA.....	265
9.5.3 CONSTITUCIÓN DE LOS FONDOS ESPECIALES.....	266
9.5.4 DEBERES DE LA FUNDACIÓN TITULAR DE FONDOS .....	267
9.5.5 MODIFICACIÓN.....	268
9.5.6 CAUSAS DE EXTINCIÓN .....	268
9.5.7 DESTINO DEL PATRIMONIO RESTANTE .....	268
9.5.8 PUBLICIDAD .....	269
<b>10. MODIFICACIÓN, FUSIÓN, EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA FUNDACIÓN.....</b>	<b>270</b>
10.1 CONSIDERACIONES GENERALES .....	270
10.2 LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS.....	270
10.3. FUSIÓN .....	271
10.3.1. CONSIDERACIONES GENERALES .....	271
10.3.2. FUSIÓN DE LA FUNDACIÓN POR RAZONES DE CONVENIENCIA.....	272
10.3.3. PROCEDIMIENTO PARA EL ACUERDO DE FUSIÓN .....	274
10.3.4. FUSIÓN NECESARIA DE LA FUNDACIÓN .....	275
10.3.5. FORMALIZACIÓN DE LA FUSIÓN.....	277
10.4. ESCISIÓN .....	279
10.4.1 CONSIDERACIONES GENERALES .....	279
10.4.2 POSIBILIDAD DE ESCISIÓN DE UNA FUNDACIÓN POR RAZONES DE CONVENIENCIA.....	279
10.4.3 PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR LA ESCISIÓN.....	280
10.4.4 FORMALIZACIÓN DE LA ESCISIÓN.....	280
10.5. EXTINCIÓN DE LA FUNDACIÓN .....	281
10.5.1. CONSIDERACIONES GENERALES .....	281
10.5.2 CAUSAS DE EXTINCIÓN .....	281
10.5.3 PROCEDIMIENTO.....	287
10.6. LIQUIDACIÓN Y DESTINO DEL PATRIMONIO FUNDACIONAL.....	288
10.6.1 PLANTEAMIENTO GENERAL.....	288
10.6.2 LOS LIQUIDADORES DE LA FUNDACIÓN.....	289
10.6.3 EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN .....	291
10.6.4 LA EXTINCIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICAS .....	293
10.6.5 EL CONTROL DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN POR EL PROTECTORADO .....	294
10.6.6 INFORMES DE LIQUIDACIÓN .....	295
10.6.7 EL RESULTADO PATRIMONIAL DE LA LIQUIDACIÓN .....	295
10.6.8. DESTINO DE PATRIMONIO FUNDACIONAL .....	296
<b>11. EL PROTECTORADO .....</b>	<b>303</b>



11.1 CONSIDERACIONES INICIALES.....	303
11.2 LA JUSTIFICACIÓN ACTUAL DEL PROTECTORADO .....	305
11.3 EL PROTECTORADO COMO INSTITUCIÓN COMPATIBLE CON EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN.....	308
11.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD DEL PROTECTORADO .....	309
11.5. REGULACIÓN DEL PROTECTORADO .....	311
11.6 NATURALEZA JURÍDICA Y DEPENDENCIA FUNCIONAL DEL PROTECTORADO .....	316
11.7 ÁMBITO DE ACTUACIÓN.....	319
11.8 FUNCIONES DEL PROTECTORADO .....	321
11.8.1 FUNCIONES RELATIVAS AL ASESORAMIENTO Y SOPORTE .....	324
11.8.2 FUNCIONES RELATIVAS AL REGISTRO .....	325
11.8.3 FUNCIONES DE SUPERVISIÓN Y TUTELA.....	330
11.8.4 FUNCIONES DE INSPECCIÓN .....	353
11.8.5 FUNCIONES DE SUPLENCIA .....	357
11.9 LA INTERVENCIÓN JUDICIAL.....	359
11.10 INTRODUCCIÓN DE UN POSIBLE RÉGIMEN SANCIONADOR.....	363
11.10.1 SUJETOS RESPONSABLES.....	364
11.10.2 RÉGIMEN SANCIONADOR.....	364
12. CONCLUSIONES .....	373
BIBLIOGRAFÍA .....	398

## INTRODUCCIÓN

Decidir el tema de esta tesis, una vez escogido el ámbito de las fundaciones, no ha sido una tarea fácil; nos planteamos muchas opciones antes de decidirnos por una de ellas, la disyuntiva se hallaba entre abordar un tema específico en relación a *la fundación* como entidad sin ánimo de lucro, o bien efectuar un análisis general de la legislación catalana en materia de fundaciones.

El tema escogido surgió durante el transcurso de la investigación: frente a la materia sobre fundaciones tradicionalmente poco estudiada, desordenadamente legislada en el pasado, se planteó la necesidad de ofrecer respuestas jurídicas ante el imparable incremento del número de fundaciones en la actualidad y ¿por qué no decirlo?, ante los alarmantes escándalos que hemos vivido en los últimos tiempos en los que se han visto implicadas fundaciones emblemáticas de Cataluña. Estos datos nos han llevado a abordar una de las cuestiones sobre las que se sustenta la legislación sobre fundaciones, que se deriva del propio texto constitucional y que, sin embargo, no siempre es considerado por la legislación de fundaciones: el respeto que el Derecho civil otorga a la voluntad del fundador en la regulación jurídica de las fundaciones en Cataluña

El trabajo de investigación del que resulta la presente tesis ha sufrido diferentes avatares como consecuencia de las sucesivas modificaciones legislativas que se han producido en la regulación de las fundaciones en Cataluña, lo que ha provocado su revisión y modificación continua y permanente.

Iniciamos la redacción de esta tesis durante la vigencia de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, posteriormente derogada con la entrada en vigor del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, que supuso que la tesis tuviera que ser completamente revisada y modificada. A continuación, con la publicación de dos importantes proyectos de ley: inicialmente el Proyecto de Ley respecto del Protectorado de las Fundaciones y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, presentado por el gobierno tripartito, y posteriormente el Proyecto de Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública presentado por el gobierno de Convergencia i Unió, la tesis se somete nuevamente a revisión. Y, por último, con la publicación de la ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas y con la publicación el pasado 31 de diciembre de

2014 en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, la tesis se somete a una nueva reformulación que requiere la modificación de muchas partes de su contenido.

Una fundación es el resultado de un acto jurídico, de una persona física o jurídica que se desprende voluntariamente de un patrimonio y que dedica mucho tiempo a su desarrollo y funcionamiento<sup>1</sup>. El Libro tercero del Código civil de Cataluña y, en mayor medida, la nueva Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública ha sido redactado desde la desconfianza y el recelo del legislador al ámbito fundacional. Ambas iniciativas pueden calificarse como una normativa intervencionista, dirigida, burocrática y nada liberal. Lejos de estimular a la sociedad e impulsar la constitución de nuevas fundaciones, lo que hacen es poner dificultades, trabas y controles innecesarios desde una medida y manera ciertamente restrictiva. Hoy en día, como defenderemos a lo largo de esta tesis, con la entrada en vigor del Libro tercero del Código civil de Cataluña, es mucho más ventajoso constituir una sociedad anónima que una fundación, porque las sociedades anónimas no están sometidas a los férreos controles a los que se somete en la actualidad a las fundaciones.

Esta opinión defendida durante la elaboración de la tesis, ha sido finalmente avalada través de la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, que pretende incorporar las medidas de simplificación de procedimientos administrativos reguladas en la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen Jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña, a raíz de la Directiva europea 2006/123 relativa a los servicios en el mercado interior. En el preámbulo de la propia Ley se reconoce un cierto exceso en la regulación de los requisitos para constituir fundaciones en Cataluña, como también un incremento del intervencionismo en la regulación de la organización y funcionamiento de estas entidades que ha provocado, sin duda, un freno en la constitución de nuevas fundaciones.

Tras la constatación de que la Ley 4/2008, de 24 de abril, ha supuesto en Cataluña un exceso regulador e intervencionista por parte de la Administración que ha significado no sólo un freno a la creación de fundaciones sino incluso una *huida* de estas entidades a otros territorios más flexibles, con la nueva Ley de Modificación del Libro

---

<sup>1</sup> El 75% de las fundaciones las constituyen personas físicas. Solo una cuarta parte son creadas por personas jurídicas y de éstas el 66% son privadas (Asociaciones, fundaciones, mercantiles...) y un 34%, públicas (comunidades autónomas y la propia administración central).

Tercero del Código civil de Cataluña se pretende impulsar la creación de fundaciones en Cataluña y agilizar su funcionamiento y organización.

La regulación catalana ha sido siempre visionaria, adelantándose a cambios sociales futuros que después se han plasmado en nuestra legislación. Y en muchas ocasiones eso nos ha permitido ser pioneros en muchas regulaciones. Pero esta vez y en ese intento de innovar, se establecieron unos requisitos que no se han podido llevar a la práctica y que nos han perjudicado: porque deberíamos haber simplificado y no complicar cada vez más las muchas tareas de las fundaciones.

El resultado de la redacción original del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña aunque presumía de intentar evitar el intervencionismo de la Administración, la realidad es que lo incrementó, siendo necesario un replanteamiento de la norma, por parte del legislador, que tras un largo proceso que se inició en el Parlamento de Cataluña, en el mes de septiembre del año 2011 finalmente acabó con la aprobación de la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

La reciente Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones de Utilidad pública, especifica en qué ámbitos las fundaciones pueden ser supervisadas por el protectorado o por el órgano de supervisión en su caso. La Ley les impone obligaciones en materia de transparencia así como la obligación de información en el caso de existir entidades vinculadas y conflicto de intereses. Asimismo, establece un régimen de responsabilidad de los patronos o miembros del órgano directivo. La constatación de tales circunstancias nos interesó para abrir la puerta hacia lo que consideramos un tema capital de la legislación sobre fundaciones: la importancia que debe otorgarse a la voluntad del fundador.

Éste es el punto de partida en el que, en un principio, deseamos concentrar nuestra atención: entre los elementos que configuran esa persona jurídica que constituye la fundación, ocupa un lugar preferente la voluntad del fundador. Como se ha dicho reiteradamente, la voluntad del fundador es la “ley suprema de la fundación”. Nada ni nadie podrá alterarla, so pena de poner en peligro su existencia.

El fundador es quien decide crear la fundación, quien se desprende a título gratuito de parte de sus bienes para dotar a la fundación que constituye; por lo tanto, no existe a nuestro entender mayor justificación que la mencionada para exigir el respeto a la

voluntad del fundador y para suscitar que sea él quien, en la medida de lo posible, dicte las normas que regirán posteriormente la vida de la fundación.

Tal y como el profesor DE CASTRO ya expuso, *“la idea del respeto a la libertad individual que se estimara decisiva para la atribución en masa de la personalidad jurídica a asociaciones y a sociedades, opera ahora respecto a las fundaciones”*<sup>2</sup>. LOPEZ JACOISTE<sup>3</sup>, por su parte, en uno de sus trabajos sobre fundaciones, enraizó éstas entre las manifestaciones de los derechos de la personalidad del fundador, por lo que la voluntad de este se hace merecedora del máximo respeto.

También se encuentran afirmaciones similares en estudios sobre fundaciones efectuados desde el ámbito del Derecho Público. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>4</sup> consideran, que en el caso de las instituciones privadas *“(…) la voluntad creadora es la voluntad fugaz de un sujeto mortal y, por tanto la posibilidad jurídica de estos entes radica en la admisión de una congelación de esa voluntad en el momento en que se expresa en el acto fundacional y en la admisión de su eficacia perpetua por encima de la limitación temporal del sujeto que la ha manifestado”*.

Presupuesto indispensable para poner en funcionamiento el proceso de constitución es una actuación de la autonomía privada, dirigida a obtener un resultado social -la realización de una finalidad de interés general mediante la afectación de una masa patrimonial-, y digna de tutela jurídica.

La virtualidad creadora y reglamentada de la nueva situación jurídica hace que podamos calificar este comportamiento privado como de negocio jurídico<sup>5</sup>.

La decisión de conceder personalidad jurídica a las fundaciones produce consecuencias importantes, algunas positivas y otras negativas, que deben valorarse. Por un lado, significará el riesgo de vincular indefinidamente bienes particulares. Por otro lado, supone liberar parcialmente a los poderes públicos de su carga de satisfacer determinados intereses generales.

---

<sup>2</sup>DE CASTRO Y BRAVO, Federico; *La persona jurídica*. Civitas. Madrid, 1981. Pág. 222-223.

<sup>3</sup>LOPEZ JACOISTE José Javier; “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1965. Pág. 577.

<sup>4</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón; *Curso De Derecho Administrativo*, Tomo I, 8ª edición. Editorial Civitas. Madrid 2004. Pág. 374.

<sup>5</sup>Acogemos un concepto jurídico comúnmente admitido sin ánimo de cuestionar la categoría, para lo que seguimos especialmente a DE CASTRO y BRAVO, Federico; *El negocio jurídico*, Madrid 1967, pág. 33 y ss. y también a Díez-PICAZO, Luis; *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I. Editorial Civitas. 5ª Edición Madrid 1996. Pág. 65 y ss.

Sin embargo, aún cuando el Derecho opta por el otorgamiento de personalidad jurídica a la fundación, también es cierto que deberá arbitrar mecanismos eficaces que garanticen que las fundaciones no se desvíen de sus fines y sean utilizadas para alcanzar los fines prescritos por el ordenamiento jurídico. No obstante, admitido este control, debe articularse de tal manera que la voluntad del fundador sea respetada.

Conviene destacar que los límites que el ordenamiento jurídico impone, operan también frente al fundador; pero, además, y según nuestra opinión, las normas imperativas se imponen, de forma cada vez más intensa, en la regulación jurídica de las fundaciones en Cataluña, olvidándose que la fundación no es expresión de la función social de la propiedad sino algo muy distante, como es la posibilidad innegable de permitir que la propiedad se destine directamente a su función social.

Una vez considerado este entorno nos comprometemos a limitar nuestro enfoque a lo que seguidamente corresponde: el análisis jurídico de la voluntad del fundador en la legislación sobre fundaciones y en el ámbito exclusivo del Derecho civil de Cataluña. No obstante, en diversas ocasiones compararemos la regulación estatal y la normativa catalana, con el fin de poner de relieve sustanciales diferencias en torno a las mismas cuestiones. El propósito de esta tesis ha consistido en analizar exhaustivamente la legislación que regula en la actualidad el régimen de las fundaciones en el Derecho Civil de Cataluña, destacando las novedades introducidas respecto a la ordenación anterior y comparando dicha regulación con la normativa estatal de fundaciones.

A partir del análisis del articulado del Libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas, que regula las fundaciones y asociaciones de utilidad pública, hemos intentado dar respuesta a algunos interrogantes planteados a partir de la nueva normativa de las fundaciones en Cataluña, entre otros: ¿Hasta qué punto la voluntad del fundador, antes ley incuestionable de la fundación y eje fundamental, sigue ocupando hoy este lugar irrefutablemente protagonista? ¿Se ha convertido la legislación en materia de fundaciones en una regulación excesivamente intervencionista que controla los actos de las fundaciones, desde su nacimiento, durante su vida e incluso, después de su extinción -durante la fase de liquidación-, hasta llegar, en muchas ocasiones, a decidir en contra de la voluntad del fundador?

En el Capítulo 1 tras el planteamiento general, nos ocuparemos de destacar la importancia que tiene la voluntad del fundador en el Derecho de Fundaciones, procediendo a poner de manifiesto la tensión que hoy caracteriza una parte importante del régimen jurídico de las fundaciones en el libro tercero del Código civil de Cataluña:

el respeto a la voluntad del fundador frente a la protección de los intereses generales que aquéllas han de perseguir.

La cuestión relativa a la voluntad del fundador se presenta hoy en día como una de las tensiones legislativas, asemejándose a la tirantez entre libertad o intervencionismo, a la vez que esta resistencia denota la presencia de unos equilibrios entre la voluntad del fundador y la intervención pública.

Nuestra intención es destacar como en el Libro tercero del Código civil de Cataluña la autonomía de la voluntad ha cedido importancia a favor de la ley. Nos atrevemos incluso a afirmar que la ley ha dejado de respetar la voluntad del fundador en muchas parcelas sobre las que venía reinando.

En el Capítulo 2, nos centramos en la valoración del significado legal del término *fundación*, así como en el alcance del Libro tercero del Código Civil de Cataluña y en los fines y beneficiarios de la fundación.

En el Capítulo 3, nos ocupamos de una de las grandes novedades que se introduce el Libro tercero del Código civil de Cataluña: la posibilidad de que la constitución de una fundación provenga de la iniciativa de una persona jurídico-pública. La consagración de la capacidad de fundar de las personas jurídicas públicas supone aceptar que aparezcan como cofundadoras siempre que las normas por las que éstas se rigen no lo prohíban.

Otra importante novedad que introdujo el Libro tercero del Código civil de Cataluña a nuestro juicio, en relación a la dotación, resulta el hecho de incorporar la exigencia de una dotación inicial mínima para poder constituir una fundación, tal y como subrayamos en el Capítulo 4. El código pretende justificar ese carácter más restrictivo respecto de la anterior legislación, mediante el argumento de que este requisito no debe considerarse en modo alguno una medida lesiva al ejercicio de fundar, ya que sería posible llevarlo a cabo con exigencias patrimoniales inferiores. No obstante, y como posteriormente destacamos, el importe mínimo inicial de la dotación inicial varía con posterioridad con el fin de incentivar la constitución de fundaciones. También se contempla en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña la posibilidad de constituir fundaciones temporales.

En el Capítulo 5 abordamos el papel de la voluntad del fundador en la fase constitutiva de la fundación y alcanzamos la conclusión la voluntad del fundador queda siempre sometida a las prescripciones de Libro tercero del Código civil de Cataluña, si bien este sometimiento es especialmente intenso en esta fase inicial del proceso vital de las

fundaciones. La Ley condiciona el contenido de esa voluntad, de tal manera que, tras ella, son más los límites que el fundador debe considerar: entre otros, por supuesto, la necesidad de que cualquier fundación se inscriba en el registro de fundaciones para adquirir personalidad jurídica.

En el Capítulo 6 pretendemos destacar como la voluntad fundacional tiene virtud creadora pero desaparece con la propia existencia del fundador. Por ello se requiere una voluntad duradera que actualice el fin: esto es, un órgano institucional, el patronato, que se identifica como un *órgano necesario* de toda fundación que recibe como competencia esencial, en principio, las tareas relativas a su “gobierno y representación”. Pero, ante todo, nuestra intención consiste, en destacar al patronato como órgano ejecutor del fin, que no decide con autonomía absoluta y no es soberano sino sirviente ya que sólo puede actuar en el sentido funcional marcado por el fin que ha previsto el fundador. Esta funcionalidad que debe informar y guiar la voluntad del patronato hace de ella una voluntad institucional y objetivada. En este capítulo, se aborda además, uno de los síntomas más significativos del cambio que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña ha supuesto en la consideración de la voluntad del fundador, ya que incluso es posible modificar los estatutos contra esta voluntad. La tensión entre esa voluntad y los intereses generales, como antes señalábamos, se observa en el artículo 335-1 del Código Civil de Cataluña, de forma apreciable a favor de éstos últimos.

En el Capítulo 7 nos ocupamos del régimen jurídico de los patronos, sin que, aparentemente, resulten demasiadas las novedades que contiene el Libro tercero del Código Civil de Cataluña respecto de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, en cuanto al estatuto jurídico básico de los miembros del patronato. No obstante, es preciso destacar que la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro Tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, introduce algunas modificaciones interesantes en relación a los patronos, en cuanto a la posibilidad de establecer una relación laboral o profesional retribuida con la fundación, siempre y cuando se articule a través de un contrato en el que se determinen las funciones laborales o profesionales que se retribuyen, así como en lo que atañe a la obligación, antes de la formalización del contrato, de presentar una declaración responsable y a la necesidad de acreditar suficientemente la prevalencia de los intereses de la fundación sobre los particulares del patrono o persona equiparada para poder realizar operaciones con la fundación.



En los Capítulos 8 y 9 analizamos con detalle el modo como ha de considerarse la voluntad del fundador en la dinámica de la fundación, durante la vida fundacional. La voluntad del fundador tiene también transcendencia en la extinción de la fundación, por lo que dedicamos el Capítulo 10 a poner de manifiesto que la ley catalana es, ante todo, en este punto, respetuosa con la voluntad del fundador, de modo que, para que la fusión conveniente resulte inviable, es precisa la prohibición formal realizada por el fundador en la propia escritura fundacional, ya sea en los propios estatutos o a través de alguna otra mención.

Por último, en el Capítulo 11 nos enfrentamos a la difícil tarea de compaginar la libertad del fundador y la existencia de un control público y, por tanto, externo a la fundación. Partiendo de la constatación de que un control de este tipo es una realidad constante en la evolución histórica de las fundaciones y, en general, en el panorama del Derecho comparado, se llega, en este punto, a la conclusión de que el protectorado es una función típica de la Administración Pública en el campo de las fundaciones. Esta función implica una actividad tuitiva o de control, encuadrable en el ámbito de las potestades administrativas de intervención de actividades privadas para asegurar, en todo caso, el interés general al que se afectan directamente tales actividades pero sin olvidar, en ningún caso, que su fundamento es también el de velar por el cumplimiento de la voluntad del fundador.

Para llegar a tales conclusiones hemos seguido una metodología dogmática, que ha implicado un análisis exegético de la normativa aplicable. Para ello, hemos tenido en cuenta las fuentes de conocimiento idóneas para la investigación jurídica; esto es, el estudio crítico de las aportaciones doctrinales, el análisis de los trabajos legislativos y prelegislativos, así como la consideración de las líneas interpretativas seguidas por la jurisprudencia y el estudio comparado de otros sistemas afines en la legislación autonómica y estatal.

## DESARROLLO ARGUMENTAL

El Libro tercero del Código civil de Cataluña, aprobado por la Ley 4/2008, de 24 de abril<sup>6</sup>, se dedica a las personas jurídicas, en cumplimiento con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña<sup>7</sup>.

La aprobación de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, ha vuelto a poner la legislación sobre fundaciones en el centro de atención de los juristas catalanes. Es la tercera vez que esto ocurre dentro de la historia reciente de la normativa sobre fundaciones en el marco del codificado Derecho civil de Cataluña.

Efectivamente, esta ley contiene la tercera regulación completa del derecho catalán de fundaciones que se realiza en poco más de un cuarto de siglo. La primera fue la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas,<sup>8</sup> que encabeza el desarrollo normativo de la legislación sobre fundaciones, no sólo en Cataluña, sino también en todo el Estado, donde fue, asimismo, pionera. La ley fue posteriormente derogada por la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña<sup>9</sup>, que pretendía encarrilar el crecimiento experimentado en el sector fundacional en Cataluña durante los veinte años transcurridos desde la ley anterior. Esta segunda ley ha sido posteriormente derogada por la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas. También recientemente la Ley 7/2012, de 15 de junio, ha modificado el Libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

La fluctuación legislativa en relación a las fundaciones se explica en parte por los cambios profundos que ha experimentado el ámbito fundacional desde el año 1982 hasta la actualidad. El número de fundaciones se ha multiplicado vertiginosamente y su tipología se ha diversificado en gran medida. Mientras que la primera, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, se conformaba como una ley breve con tan solo dieciséis artículos, que concebía las fundaciones como patrimonios afectados al cumplimiento, sin ánimo de lucro, de finalidades de interés general.

---

<sup>6</sup>Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, número 5123, de 2 de mayo de 2008; Boletín Oficial del Estado, número 131, de 30 de mayo de 2008.

<sup>7</sup>Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, número 3798, de 13 de enero de 2003; Boletín Oficial del Estado, número 32, de junio de 2003

<sup>8</sup>Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, número 206, de 10 de marzo de 1982.

<sup>9</sup>Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, número 3388, de 15 de mayo de 2001.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, fue una ley mucho más minuciosa, que incorporaba importantes novedades, como la admisión de las fundaciones públicas; nuevas medidas de régimen económico- por ejemplo, la exigencia de auditorías-; la aplicación obligatoria de un porcentaje de las rentas y otros ingresos a los fines de la fundación; la limitación de los gastos de administración y la definición de las condiciones para participar en sociedades y nuevas técnicas de intervención públicas.

Atendiendo al corto espacio de tiempo transcurrido desde la aprobación de la ley anterior, la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro tercero, del Código civil de Cataluña que estaba llamada a desempeñar un papel mucho más modesto, ubicó la regulación de las fundaciones en el seno de un Código Civil, conjuntamente con la regulación de las Asociaciones.

No obstante, un cierto exceso en la regulación de los requisitos para constituir una fundación, así como un cierto exceso de intervencionismo en la regulación del funcionamiento y organización de estas, ha precipitado una reforma de la normativa fundacional en aras a obtener mayores beneficios de eficiencia, agilidad y autonomía de gestión en estas entidades. También ha precipitado, como consecuencia, una simplificación de procedimientos administrativos, aunque sin descartar el control y la supervisión necesarios para su actividad. La reforma aludida ha tenido lugar recientemente con la publicación de la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

Sin embargo, es justo destacar como el código prosperó en su objetivo inicial, no sólo mejorando la presentación formal y la calidad técnica de las dos leyes que incorpora – la Ley 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones, y la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña, sino que, también, actualizando algunos aspectos sustantivos e introduciendo importantes novedades que, a grandes rasgos, pueden enmarcarse, fundamentalmente, en dos ámbitos concretos.

Así, en primer lugar, el Libro Tercero del Código Civil de Cataluña ha adoptado medidas para reforzar la capacidad de financiación de las fundaciones: se impone la aportación de una dotación inicial y el deber de presentar un proyecto de viabilidad para dos años. En segundo lugar, ha impuesto nuevas exigencias organizativas y de funcionamiento a las fundaciones y, además, ha redefinido las medidas de supervisión de su actividad con la finalidad de minimizar el riesgo de abusos o de negligencia de sus patronos y directivos en el ejercicio de la gestión patrimonial.

El Libro Tercero no derogaba totalmente la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, ya que mantenía vigentes, sus artículos 51 y 52. La Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro tercero del Código civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas, derogaba los artículos 1 al 50 y el 53, las disposiciones adicionales, las disposiciones transitorias y la Disposición final primera de la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones.

No obstante, los artículos de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña que se mantenían vigentes han sido derogados recientemente con la Ley 21/2014, del 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública. La nueva ley en su Disposición Derogatoria deroga no sólo las normas de la citada ley que no habían sido derogadas por la Ley 4/2008, del 24 de abril, del Libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas sino también la Disposición transitoria cuarta del Libro tercero.

El Libro tercero del Código civil de Cataluña entró en vigor el día 2 de agosto de 2008, a los tres meses de su publicación. En la Disposición Transitoria Primera se establecía un proceso de adaptación estatutaria de tres años, plazo que finalizaba el día 2 de agosto de 2011. En este plazo, las fundaciones debían adaptar sus estatutos e inscribir esta adaptación en el registro correspondiente. Dicho plazo fue prorrogado mediante la Ley 5/2011, de 19 de julio que modificaba el apartado primero de la Disposición transitoria primera de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas. En virtud de esta norma se ampliaba el término de adaptación de los estatutos a las disposiciones del Libro tercero, hasta el día 31 de diciembre de 2012.

La aprobación de la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña plantea una nueva cuestión: ¿una fundación catalana que ya hubiese adaptado sus estatutos al Código civil de Cataluña inicial, aprobado por ley 4/2008, de 24 de abril, tiene obligación de modificarlos nuevamente con esta reforma?. La Ley 7/2012 no ha modificado el artículo 331-9 que regula el contenido mínimo de toda fundación, ni tampoco dispone nada al respecto, con lo que la respuesta, a nuestro entender, debiera ser que no será necesario realizar una nueva adaptación.

Esta medida, en su día, recogió una demanda generalizada dentro del sector fundacional y estableció las consecuencias que se podrán derivar en el caso de no realizar la correspondiente adaptación dispuesta por la Ley 4/2008, de 24 de abril:

- No se podrán recibir ayudas ni subvenciones de la Generalitat de Cataluña.
- Ante el incumplimiento grave de las obligaciones del cargo de patrono será posible el ejercicio de acciones contra los patronos que no tengan la debida diligencia.

Como resultado de la aludida improvisación parlamentaria, el Parlamento de Cataluña se vio obligado a modificar el Libro tercero del Código Civil de Cataluña por medio de la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Financieras<sup>10</sup>. Posteriormente, se presentó ante el Parlamento de Cataluña para su aprobación, el Proyecto de Ley sobre el Protectorado de Fundaciones y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, en cumplimiento de las previsiones de la disposición transitoria cuarta de la Ley 4/2008, de 24 de abril. Finalmente, el pasado día 31 de diciembre de 2014 se publicó, en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública.

Sistemáticamente, el Libro tercero del Código Civil se estructura en tres títulos: el primero contiene las disposiciones generales; el segundo y el tercero se dedican, respectivamente, a las asociaciones y a las fundaciones.

El Libro Tercero del Código Civil de Cataluña establece un nuevo sistema de numeración siguiendo una técnica legislativa que permite una estructura abierta de código. De este modo se pueden añadir artículos sin poner “bis” “ter”, y así sucesivamente. Por ejemplo, el artículo 311-1, nos indica que es el primer artículo del Capítulo primero del Título primero del Libro tercero.

El Título primero incorpora, por vez primera en la legislación de Cataluña, unas disposiciones generales aplicables a todas las personas jurídicas sometidas al derecho catalán. Estas disposiciones no sólo afectan a las fundaciones y a las asociaciones, sino que también se aplicarán como derecho supletorio a la estructura asociativa, corporativa o fundacional de la persona jurídica. Su aplicación supletoria alcanza a los clubs y las asociaciones deportivas<sup>11</sup>, las cooperativas, las cajas de ahorro y las mutualidades de previsión social, y a otras no citadas expresamente,

---

<sup>10</sup>Diario Oficial Generalitat de Cataluña número 5288, de 31 de diciembre de 2008.

<sup>11</sup> El artículo 311-1 del Código Civil de Cataluña establece en su primer párrafo que se regirán por las disposiciones del presente libro las asociaciones que ejerzan sus funciones mayoritariamente en Cataluña, salvo que estén sometidas a una regulación propia que les exija, para su constitución. La inscripción en un registro especial. Por tanto, está claro que las entidades deportivas, no se rigen por el Código Civil catalán, pues tienen su registro propio, a tenor de lo que establece el Decreto legislativo 1/2000, de 31 de julio, por el que se aprueba el Texto único de la Ley del deporte que dedica el título I a las entidades deportivas catalanas y, el artículo 28 hace referencia al registro de estas entidades.

como los colegios profesionales, a tenor de lo dispuesto en el Preámbulo y en la Disposición final segunda.

Las Disposiciones Generales hacen referencia a la personalidad jurídica y a sus atributos (Capítulo 1), a la actuación y la representación de las personas jurídicas (Capítulo 2), a las normas de régimen contable y documental (Capítulo 3), a las modificaciones estructurales y la liquidación (Capítulo 4) y a la publicidad registral (Capítulo 5).

Aprovechando el impulso codificador, el legislador se ha amparado en este momento para formular unas disposiciones generales que contienen el estatuto básico de la personalidad jurídica en el Derecho civil catalán, y ya en el ámbito específico de las asociaciones y fundaciones, actualizar algunos aspectos de su régimen jurídico a fin de favorecer su operatividad y de garantizar que puedan cumplir de forma más efectiva sus propias finalidades.

Es preciso tener en cuenta, en todo caso, que el Código Civil de Cataluña se construye como un código abierto, que permite incorporar fácilmente títulos y capítulos y, por lo tanto, poder encajar en él lo que se considere pertinente: otros tipos de personas jurídicas que hasta ese momento estén sujetas a una legislación especial o que pudieran regularse con posterioridad a la presente ley.

El Título I representa una gran novedad para el Derecho civil catalán, ya que se constituye como derecho común en Cataluña en cuanto a la personalidad jurídica. Por su vocación unificadora, será de aplicación general a todas las personas jurídicas reguladas en el Derecho civil catalán. Se aplica directamente a las asociaciones y fundaciones sobre las que tiene competencia exclusiva la Generalitat de Cataluña, así como las delegaciones de asociaciones y fundaciones que, de acuerdo con la legislación estatal, tengan la consideración de extranjeras y ejerzan mayoritariamente sus actividades en Cataluña: estas actividades atañen a la publicidad y, en el caso de las fundaciones, también a la supervisión administrativa. Respecto de las demás personas jurídicas privadas que el Código Civil de Cataluña no ha incorporado - cooperativas, mutualidades de previsión social y cajas de ahorros<sup>12</sup>-, sus disposiciones

---

<sup>12</sup> Las Cajas de ahorro son entidades de crédito con forma jurídica de fundaciones privada, que realizan operaciones de depósito y préstamo de forma similar a los bancos, actuando con criterios de competencia. No obstante una parte importante se reinvierte a la sociedad a través de su "obra social". El sector de las cajas de ahorro ha sido, sin duda, el que ha protagonizado el proceso de reestructuración de la banca española a raíz de la crisis financiera, desde la primavera del 2010.

sólo se aplican subsidiariamente, a fin de cubrir las lagunas que su normativa especial presente; tal como se hace constar en el Preámbulo y en la Disposición final segunda.

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

Del Título primero, que se ocupa de las disposiciones generales, es destacable el capítulo sobre actuación y representación de las personas jurídicas, tanto de estructura corporativa como fundacional. En materia de organización interna, el código respeta el principio de autonomía de las fundaciones: sus órganos se rigen por los estatutos de la fundación, por las reglas de régimen interno de la entidad, si las tiene, o por las que los mismos órganos hayan establecido para su funcionamiento. La libertad de autoorganización está limitada por el derecho imperativo, pero no por las normas dispositivas que sólo operan en defecto de las previsiones que haya adoptado la fundación para su gobierno.

Sin embargo, finalmente, esta idea de gran simplicidad ha quedado mal reflejada en el Código, ya que éste parece ignorar la distinción entre las normas imperativas y las dispositivas. El apartado primero del artículo 312-2 del Código civil de Cataluña remite a las disposiciones estatutarias y a otras normas internas *“en aquello que no está regulado por la ley”*, y de manera aparentemente contradictoria, el apartado segundo establece que *“las disposiciones de este Código o de otras leyes son aplicables subsidiariamente a los órganos de las personas jurídicas”*, por lo que debe interpretarse que el apartado primero se refiere al derecho imperativo, y el apartado segundo, al derecho dispositivo.

El Código Civil de Cataluña incorpora algunas disposiciones desconocidas hasta la fecha en la legislación sobre fundaciones preexistente, como las que regulan la celebración de reuniones por video conferencia y otros medios de comunicación a distancia (artículo 315-5,2), la adopción de acuerdos sin reunión (artículo 312-7) o la manera de proceder en caso de conflicto de intereses (artículo 312-9). No obstante, el artículo 312-9 fue reformado por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña y resulta destacable como novedoso, el establecimiento de una norma general sobre conflicto de intereses, que incluye los

deberes de abstención y de información previa al órgano que debe tomar una decisión si alguno de sus miembros se halla en un conflicto de este tipo bien sea directamente, o bien por medio de una persona que esté directamente a él vinculada.

En las Disposiciones generales también se regula el régimen de impugnación de acuerdos y actos contrarios a la ley o a los estatutos, o lesivos a los intereses de la persona jurídica. No obstante, el código sólo se ocupa de definir los aspectos sustantivos de la impugnación; es decir, aquellos supuestos en los que es procedente, y remite a la legislación procesal para la regulación de la competencia jurisdiccional y el procedimiento, con el fin de respetar la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho Procesal.

El régimen contable se circunscribe a la exigencia de llevar una contabilidad ordenada, a la observancia de los principios de contabilidad generalmente admitidos y a la diligente llevanza de los libros.

Por lo que respecta a las operaciones de modificación estructural, reguladas de forma fragmentaria en la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña; el código concreta las exigencias documentales y procedimentales que comportan tales operaciones y extiende el deber de dar publicidad a las operaciones de fusión y escisión en asociaciones y fundaciones, con la consiguiente facultad de los acreedores para oponerse.

El Título II del Libro tercero comprende el régimen jurídico privado de las asociaciones, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, y ha entendido que las comunidades autónomas, que han asumido competencias en esta materia están habilitadas para regular tanto el régimen interno de las asociaciones, es decir la organización y el funcionamiento, como el régimen externo o de participación en el tráfico, con la condición de que no contradigan las normas básicas dictadas por el Estado.

El Título III se dedica al régimen jurídico de las fundaciones e incorpora importantes novedades. Debe destacarse que en Cataluña se hallan el domicilio estatutario del 44,4 % de las fundaciones; así las cosas, los datos más recientes señalan que la mayor parte de las fundaciones existentes en España se localiza en las Comunidades de Cataluña (2.917 fundaciones) y Madrid (2.816 fundaciones)<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Según se desprende del estudio realizado por la Asociación Española de Fundaciones [http://www.fundaciones.org/EPORTAL\\_DOCS/GENERAL/AEF/DOCcw4e1d396869ffb/Elsectorfundacionalespaol-Datosbsicos.pdf](http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOCcw4e1d396869ffb/Elsectorfundacionalespaol-Datosbsicos.pdf) (21-3-2015)



El futuro del sector no lucrativo presenta claros síntomas de crecimiento, profundidad y diversificación<sup>14</sup>. El sector fundacional español se ha convertido en un agente clave de desarrollo social y económico y su creciente relevancia se refleja no solo en el número de organizaciones que lo componen, sino también en todas aquellas demandas sociales que satisfacen, el empleo tanto directo como indirecto que generan y, fundamentalmente por el gasto que cada año reservan a satisfacer las finalidades de interés general que constituyen su razón de ser.

Entre las innovaciones que este título incorpora, destaca, en primer lugar, el establecimiento de una cuantía mínima para la dotación inicial de las fundaciones. Esta exigencia, en un principio, parecía contraria al espíritu que inspiraba la ley anterior (Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña), que argumentaba la aprobación de un nuevo texto legal para la regulación de las fundaciones, justificándolo del siguiente modo:

*“ (...) en el sentido de que han salido muchas iniciativas que aunque no disponen de un patrimonio importante para fundar, el Protectorado haciendo una interpretación extensiva, les ha dado entrada al Registro de Fundaciones, ya que a pesar de que no disponen de ninguna otra dotación que una cantidad simbólica, tienen otro capital constituido por el voluntarismo y por la actividad al servicio del interés general, y cuentan además con el apoyo de las Administraciones Públicas, Locales y de la Generalitat de Cataluña, considerando las finalidades de interés general a que se destinan”<sup>15</sup>.*

No obstante, a continuación el código razona acerca de cómo la exigencia de la dotación no debe considerarse en ningún caso una medida lesiva del ejercicio del derecho de fundación, ya que, según se refleja, este derecho puede ejercerse también con exigencias patrimoniales inferiores por medio de fundaciones con dotación sucesiva o de fundaciones temporales susceptibles de ser reconvertidas en fundaciones indefinidas si incrementan la dotación antes de que finalice el periodo máximo de duración. A la vez, el código ofrece la posibilidad de constituir fondos especiales en otras fundaciones preexistentes como solución alternativa para vehicular proyectos fundacionales de magnitud económica más reducida o que requieran una organización independiente, con la condición de que las respectivas finalidades sean compatibles.

---

<sup>14</sup> Siguiendo a RUIZ OLABUENAGA, José Ignacio en *El sector no lucrativo en España una visión reciente*. Pág. 21. Fundación BBVA (2006).

<sup>15</sup> Preámbulo de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña.

Precisamente, en la línea de simplificación y fomento del sector, entre las medidas de simplificación administrativa orientadas a incentivar la constitución de fundaciones que introduce la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas, se introduce la reducción de la dotación inicial

El código también incorpora como novedad la exigencia de que la carta fundacional vaya acompañada de un proyecto de viabilidad económica, a fin de verificar la suficiencia de los medios de financiación previstos para el cumplimiento de las finalidades proyectadas.

Otra novedad importante, en relación a la organización y funcionamiento de las fundaciones, representa la imposición legal del deber de separar las funciones de gobierno y la gestión ordinaria. El objetivo principal de esta medida, en nuestra opinión, resulta debidamente justificado, al pretender reafirmar la posición soberana e independiente que debe tener el órgano de gobierno en su función de control de las decisiones ejecutivas tomadas por el equipo de gestión.

Destaca también, como novedad importante, la introducción de medidas de control preventivo por parte del protectorado, que establecen la obligación de contar con su autorización previa para realizar actos de disposición, gravamen o de administración extraordinaria sobre bienes o derechos que se han obtenido con dinero proveniente de subvenciones públicas, así como si lo exige el donante o lo establecen los estatutos, o si el producto de la operación no se reinvierte totalmente en el patrimonio de la fundación. También se flexibilizan las condiciones de participación de las fundaciones en sociedades, siempre y cuando dispongan de la previa autorización por parte del protectorado, en el caso de participación en sociedades de carácter personalista; basta, además, con la simple comunicación, cuando se trata de asumir participaciones que den el control en sociedades de capital.

Se introducen importantes novedades en la regulación de los fondos especiales con el objeto de promocionar su constitución. Se trata de proyectos fundacionales más pequeños y consisten en fundaciones sin personalidad jurídica propia que se integran dentro de otra fundación que asume el compromiso de administrarla en los términos que se hayan pactado con el aportante o que resulten, si es el caso, de las disposiciones de última voluntad.

Por lo que respecta al régimen de modificación, fusión, escisión y disolución de las fundaciones, la regulación permanece prácticamente invariable respecto de la legislación anterior.

Se justifica la intervención administrativa como último recurso y sólo cuando el patronato de la fundación afectada no hubiera atendido los requerimientos recibidos con anterioridad y la intervención temporal que puede ordenar la autoridad judicial a instancia del protectorado.

## 1. El principio de la autonomía de la voluntad. Delimitación conceptual y características de la fundación. Naturaleza jurídica. Evolución legislativa de las fundaciones en Cataluña.

### 1.1 El principio de la autonomía de la voluntad y el derecho de fundación

#### 1.1.1 Consideraciones previas

La vigente legislación catalana relativa a las fundaciones, así como las últimas modificaciones introducidas, inducen a cuestionarnos si la regulación de las fundaciones admite insuficientemente la eficacia de la autonomía de la voluntad, por ser actualmente la normativa excesivamente rigurosa y nos atreveríamos a decir, un tanto intervencionista-, a pesar de los sucesivos intentos que los diferentes preámbulos amparan para definir la regulación como no intervencionista.

Lejos de flexibilizar esta situación, y, sin duda, a raíz de los últimos escándalos en relación a las fundaciones en Cataluña –especialmente, en relación con el caso de la Fundación “Palau de la Música Catalana”-, la normativa se endureció primero con la presentación ante el Parlamento de Cataluña de un Proyecto de Ley sobre el Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública y recientemente, alcanza su máxima contundencia con la publicación de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública que otorga a la Administración Pública nuevas funciones de inspección y control y le atribuye amplias prerrogativas para su ejecución.

A partir del examen de la legislación actual en materia de fundaciones en Cataluña y la introducción de las fundaciones públicas en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, nos planteamos la cuestión de si el campo de la autonomía privada ha podido quedar desfavorecido frente a la autonomía de la voluntad pública.

El derecho constitucional de fundación, expresión del altruismo se caracteriza por una serie de notas. En primer lugar, presupone una iniciativa privada distinta de la consecución de fines de interés general por los poderes públicos. Con todo, así considerado, el reconocimiento del derecho de fundación no ampararía a las fundaciones de la Administración Pública, por mucho que adopten esta forma de personificación y persigan fines de interés general, dado que en ellas falta la iniciativa

privada. En segundo lugar, el reconocimiento de aquel derecho ampara a todas las manifestaciones del altruismo, cualesquiera que sea su forma jurídica de personificación<sup>16</sup>. Finalmente, conviene insistir en una última característica, consistente en que todas las personificaciones fundacionales que no tengan carácter altruista no quedan amparadas por la Constitución, pero tampoco están prohibidas<sup>17</sup>.

Desde un punto de vista institucional, la autonomía privada reviste el carácter de principio general del Derecho, porque es una de las ideas fundamentales que inspira nuestro Derecho privado. Siempre que se habla del *principio de autonomía privada* se quiere ver en él un principio de orden político y, más concretamente, un principio característico del orden político liberal que alcanzó un extraordinario vigor dentro de las corrientes políticas de tendencia liberal y que sufre un constante aumento de restricciones en la época moderna.

De acuerdo con la opinión de destacados autores en la materia<sup>18</sup>, lo que debe negarse es que el principio de la autonomía privada sea un puro principio político y que sea un principio liberal. El principio de autonomía privada es un principio general del Derecho, porque la supresión de la autonomía privada como principio general del Derecho llevaría consigo la total anulación de la persona y su conversión en un puro instrumento de la comunidad.

### **1.1.2 Derecho constitucional de fundación**

La Constitución española se refiere tanto al “*derecho de fundación*” (artículo 34,2) como a “*las fundaciones*” (artículos 34,2 y 22,4 por remisión). La Constitución no garantiza únicamente a las fundaciones, como instituciones diferenciadas de las personas que la integran sino que, con mayor amplitud, ampara las manifestaciones del “derecho a fundar”.

Es posible afirmar<sup>19</sup> que en los artículos 34 y 22 de la Constitución se reconocen derechos subjetivos, no sólo para las fundaciones sino también para una pluralidad de

---

<sup>16</sup> Siguiendo a GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge; “Objeto y alcance de la Ley de fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y figuras especiales “en AAVV. LORENZO GARCÍA, Rafael (director); *Comentarios a las leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Marcial Pons, Madrid 2005. Págs. 29-30.

<sup>17</sup> Esta afirmación es válida tanto para la posibilidad de que el Derecho español llegase a admitir algún día las fundaciones familiares como las Cajas de ahorro. La sentencia del Tribunal Constitucional 48/1988, de 22 de marzo, excluye a estas entidades del concepto constitucional de fundación.

<sup>18</sup> Siguiendo a DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio; *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen I. Editorial Tecnos, Madrid 1995. Págs. 253-259.

<sup>19</sup> Vid sobre este tema; GARCÍA –ANDRADE GÓMEZ, Jorge; *Objeto y alcance....*, op. cit. Págs. 18-26.

sujetos que participan en la vida fundacional: el fundador que la constituye y las personas que asumen su gobierno y administración.

El derecho de fundación es un derecho subjetivo, pero no es un derecho fundamental, como lo son otros derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional a los que la Carta Magna dispensa formas especiales de protección. No es tampoco un derecho de conformación administrativa pues la Administración Pública no aporta nada a su contenido, sino que se consuma con la simple decisión de su titular de fundar. Es, sin embargo, un derecho perfecto y un derecho originario cuyo ejercicio depende de la autonomía de la voluntad de las personas.

La Constitución española reconoce el derecho a la fundación, pero “*con arreglo a la ley*”. Se trata de un derecho de configuración legal. Por tanto, respetado el contenido esencial del derecho de fundación, corresponde al legislador determinar los términos en que habrá de ser ejercido. Esta habilitación a la ley ordinaria para diseñar el régimen jurídico del derecho de fundación comprende la posibilidad de imponer restricciones, como la intervención de la Administración Pública sobre la vida fundacional. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional<sup>20</sup>.

El derecho de fundación es además un derecho-facultad, un poder concedido a los ciudadanos. Siguiendo destacadas opiniones en la materia, como la de TOMÁS y VALIENTE, podemos afirmar, pues, en este sentido, acerca del texto constitucional:

*“(....) el texto constitucional en esta materia ha venido a romper con acierto y lucidez todo este corsé absolutamente inadmisibile que ha venido ahogando hasta la fecha, desde hace más de cien años, todo el derecho de fundaciones”<sup>21</sup>.*

Hoy, las limitaciones de este derecho no se presumen, sino que tendrán que justificarse por una ley formal expresa, norma que, además debe preservar su contenido esencial, según la propia Constitución (artículo 53,1). En la actualidad, lo normal, siguiendo con la opinión del ilustre profesor a la que nos adherimos:

*“no debería ser restringir, condicionar, limitar ese derecho, fiscalizarlo hasta el extremo, en nombre de su configuración, como una excepción puramente casuística a una regla general; sino que la actitud general de los poderes*

---

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1990, de 29 de octubre.

<sup>21</sup> TOMÁS Y VALIENTE, Francisco; “Estudio previo” en la VV.AA *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial y Marcial Pons, Madrid 2005. Págs. 13-64.

*públicos tiene que cambiar radicalmente: su actitud habrá pasado a ser de la mera protección, a la del estímulo, la de buscar su mayor efectividad, no por ninguna razón teórica, sino porque lo impone en estrictos términos de derecho el artículo 9,2 de la propia Constitución*<sup>22</sup>.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha declarado que el artículo 34 de la Constitución se refiere, sin duda, al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas: la fundación se considera como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o los fundadores a un fin de interés general. Añade que el hecho de que el reconocimiento del derecho de fundación figure en el texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia, permite entender que el derecho de fundación es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto de 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 (STC 49/1988, de 22 de marzo).

### **1.1.3 Incidencia de la autonomía privada sobre el derecho de fundación**

Por *autonomía privada* entendemos el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares para regular por sí mismos sus intereses o relaciones jurídicas con los demás sujetos. Este poder se acciona mediante el acto jurídico consistente en la declaración de voluntad de una o más partes, dirigida a obtener un efecto práctico, reconocido o protegido por la ley.

DIEZ- PICAZO y GULLÓN<sup>23</sup> definen la autonomía privada como

*"(...) el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo (...) Puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que se es o ha de ser parte. La autonomía privada es la libertad individual"*

En el Derecho actual ha destacado como una conquista más de la jurisprudencia, en su incesante evolución, la llamada *función social del derecho* que bajo la forma de un progresivo intervencionismo estatal puede ya considerarse:

---

<sup>22</sup>TOMÁS Y VALIENTE, Francisco; Ibídem. Págs. 13-64.

<sup>23</sup>DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, Madrid, 2012. Vol. I y II. Pág. 389. Adicionalmente, precisan que la autonomía privada es libertad individual, y el hecho de reconocer libertad significa permitir, hacer, dar al individuo una esfera de actuación, pero reconocer autonomía es decir algo más: que el individuo no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica.

*“(....) mediado el siglo presente, como uno de los rasgos sobresalientes, que definirán, sin que sea excesivamente audaz el augurio, la época que estamos viviendo, cuando el perfil de otros siglos, siempre cambiantes o renovados, la relegue, o si se prefiere la eleve, al campo de la Historia<sup>24</sup>”.*

En aras de esa función social del derecho, el Estado de esta época, sin distinción de países ni de ideologías se ve forzado a invadir el campo de la autonomía privada, ese recinto amurallado en que el ser humano podía atrincherarse en el pasado siglo bajo el signo de la exaltación de los derechos individuales. De esta forma asistimos a una profunda mutación de tantos derechos subjetivos privados que trasciende a la radical fundamentación de todo el Derecho privado, objetivamente considerado.

Esta mutación transformativa de los cuadros clásicos del Derecho privado, aunque es siempre del máximo interés para el jurista actual que quiera conocer el Derecho de su propia época, ha sido tan magistralmente estudiada y, más aún, tan profusamente divulgada, que carecería sin duda de interés su exposición en este momento. Al contrario, sí es interesante destacar que es casi un tópico entre los juristas de hoy, hablar de la crisis del principio de la autonomía de la voluntad, del liberalismo del siglo XIX, del intervencionismo del siglo actual<sup>25</sup>.

No pretendemos pues, insistir sobre lo que voces autorizadas ya han expuesto. He aquí, el motivo por el que hemos iniciado nuestra investigación, refiriéndonos a las actuales y crecientes limitaciones a la autonomía de la voluntad, aun no siendo éstas el objeto de esta tesis doctoral.

Tal vez sea provechoso observar que mientras tanto, se ha censurado-generalmente con razón y a veces con exageración- el pernicioso individualismo de los legisladores decimonónicos, sobre todo en materia contractual. No obstante, se ha olvidado muchas veces que la autonomía de la voluntad que se consagra en los códigos civiles bajo ese signo individualista tiene también un límite infranqueable: el que imponen el orden público y las buenas costumbres, cuya mayor o menor amplitud como salvaguardia de un orden justo y moral depende decisivamente del propio intérprete que en nuestra época ha de operar con esas nociones.

---

<sup>24</sup> DÍEZ PICAZO, Luís y GULLÓN. *Ibidem*. Pág. 390

<sup>25</sup> Destacan en la doctrina española, DE CASTRO y BRAVO, Federico “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad” en *Anuario de Derecho civil*, 1982. Págs. 1014 y ss. DORAL GARCÍA, José Antonio, *La noción del orden público en el Derecho civil español*, Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona 1967. Pág. 67.



Por ello, no pretendemos examinar el freno a la libertad jurídico-privada que consideramos hoy excesiva y, desde luego, lesiva para la sociedad actual sino analizar cómo afecta al derecho de fundación y a la voluntad de fundar.

En este sentido, consideramos que hay que entender dentro del marco de la función social de la propiedad el derecho de fundación orientado para fines de interés general previstos en la Constitución. Esta función social permite al legislador establecer límites e incluso expropiar, pero en relación con el derecho de fundación

*“(...) la técnica que han de emplear los poderes públicos y muy en particular tanto el legislador estatal como los autonómicos, no es la coacción expropiatoria ni la coactiva imposición de limitaciones sino la estrategia del estímulo”<sup>26</sup>.*

A tales ideas aludía, precisamente, el preámbulo de la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, cuando manifestaba:

*“(...) la Ley pretende, primordialmente dar respuesta a la problemática surgida de estas nuevas fundaciones, que han nacido al lado de las ya tradicionales, y dotar a unas y otras, y también al Protectorado, de una herramienta que facilite sus actividades y sus funciones. Por todo lo que se ha expuesto y atendiendo a la realidad jurídica actual, la presente Ley se configura como una norma poco intervencionista”.*

El texto vigente, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, concibe el fenómeno fundacional como cauce para favorecer y garantizar la operatividad de las fundaciones y que puedan cumplir de forma más efectiva las finalidades que les son propias.

La Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro Tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, justifica una reforma de la normativa fundacional orientada a obtener ganancias de eficiencia, agilidad y autonomía de gestión en las entidades; y, consiguientemente, a obtener una simplificación de procedimientos administrativos, sin renunciar, no obstante, al control y supervisión necesarios sobre su actividad.

#### **1.1.4 La voluntad del fundador**

La voluntad del fundador puede tener muy diversa eficacia en cada ordenamiento jurídico dependiendo del momento histórico y del respeto del legislador hacia aquella.

---

<sup>26</sup>De acuerdo con la opinión de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco; “Estudio previo”.....op. cit. Pág. 31.

En función de este parámetro, la ley tendrá un mayor o menor protagonismo en la vida de la fundación. La cuestión relativa a la voluntad del fundador se presenta como una de las tensiones del proceso legislativo, como la intransigencia entre libertad o intervencionismo, a la vez que se advierte que denota la presencia de unos equilibrios entre la voluntad del fundador y la intervención pública: de lo contrario no habría tensión sino pura exclusión de un concepto por otro<sup>27</sup>.

Sin embargo, la voluntad fundacional, indiscutiblemente, debe ser considerada, como uno de los elementos esenciales del negocio jurídico fundacional, como lo es de todo negocio jurídico. PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ resaltan la primacía que debe reconocerse a la voluntad del fundador y que impera como premisa básica de esta tesis. Para enfatizar tal consideración, citamos las palabras de los antedichos que ensalzamos en nuestra tesis:

*“(...) la piedra, el eje de rotación el elemento impulsor, la razón de ser, la esencia de las fundaciones, es la voluntad de quien, con ánimo de liberalidad, deja todos o parte de sus bienes para intentar alcanzar con ellos un fin altruista que beneficie a una colectividad indeterminada de personas. La declaración de voluntad es el primer requisito para que se inicie el negocio de fundación. Mediante ella una o varias personas, manifiestan su intención de constituir un ente que tendrá autonomía propia distinta de la persona del fundador o fundadores y cuyo contenido vendrá dado por la fijación de otros dos elementos considerados como esenciales al negocio jurídico de que se trata: el fin y la dotación”<sup>28</sup>.*

Las fundaciones se caracterizan porque su vida queda sometida a una regla externamente impuesta: la voluntad del fundador es la ley de la fundación<sup>29</sup>.

Es preciso destacar que la creación de una fundación, además de constituir un acto de ejercicio de un derecho fundamental, es la manifestación del principio de autonomía privada, salvo el caso de que su constitución se realice por una persona jurídica pública.

---

<sup>27</sup>TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Ibidem*. Págs. 32 y ss.

<sup>28</sup>PIÑAR MAÑAS José Luis, y REAL PÉREZ, Alicia; *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador, desde la evolución del Derecho de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*. Marcial Pons. Madrid, 2000. Pág. 29.

<sup>29</sup>Como subraya, CAPILLA RONCERO, Francisco; *Las fundaciones. Funciones y disfunciones*, Tecnos. Madrid, 1984. Pág. 99.

Nuestro ordenamiento Jurídico consiente la constitución de una persona jurídica dirigida a alcanzar un fin altruista que beneficie a una colectividad indeterminada de personas; pero establece un progresivo aumento en la regulación de los diferentes aspectos que pertenecen a esta materia, e introduce trámites que a nuestro entender, en nada favorecen el proceso de constitución de una fundación: teniendo en cuenta, también, que sobre algunos de ellos se ha cernido incluso una sombra de inconstitucionalidad.

El fundador, más allá de ser el artífice del nacimiento, puede regular la vida de la fundación. Esta cuestión, debido a la tensión que existe entre el respeto a la voluntad del fundador y la protección de los intereses generales no siempre se ha saldado favorablemente a favor del fundador.

En el Derecho civil de Cataluña, a partir de la Ley de fundaciones 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña, y como se sigue manteniendo en la actualidad en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, la autonomía de la voluntad ha cedido importancia a favor de la ley. Por ello, nos atrevemos incluso a afirmar que la ley ha dejado de respetar la voluntad del fundador en muchas parcelas sobre las que venía rigiendo.

Si tenemos en cuenta que los estatutos, siempre son elaborados por el fundador- si la fundación se constituye *inter vivos* y, normalmente, si es por actos *mortis causa*,- observamos que la ley parece respetar en gran medida su voluntad. Con todo, no debemos quedar deslumbrados por esta primera aproximación.

Las disposiciones de la ley prevalecen sobre cualesquiera otras y en comparación con la situación normativa anterior a la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, esta ley dejó de respetar la voluntad del fundador en muchas facetas sobre las que ésta venía reinando.

En esta misma línea se sitúa el Libro tercero del Código Civil de Cataluña y ejemplos de ello son la exigencia de la presentación de las cuentas anuales de las fundaciones, cualquiera que haya sido la voluntad del testador a este respecto (artículo 333-7); la imposibilidad del fundador de seguir gobernando en solitario mientras viva (artículo 331-4), y, la posibilidad de que los estatutos sean modificados, aun mediando la prohibición del fundador (artículo 335-1).

Cualquiera que sea la valoración que se dé al giro otorgado en la regulación de las fundaciones y, más concretamente, al respeto de la autonomía del fundador, lo cierto es que el Código Civil de Cataluña está inspirado en un principio de gran vigor, cual es

el interés general sobre la voluntad del fundador en caso de conflicto. La nueva normativa refuerza la consideración de que, una vez constituida la fundación, ésta se debe más a los intereses generales que a la voluntad de quien la constituyó y, refuerza la consideración de que la obra del fundador trasciende a su creador. Así, ya sea de forma mediata o inmediata, en caso de conflicto entre el interés general,- representado por los fines fundacionales, las actividades de la entidad, sus beneficiarios o su propia subsistencia- y el interés del fundador o patronato,- representado por sus propias voluntades-, éste último cede siempre a favor del primero. La misma existencia de un singular Registro de Fundaciones es más bien un medio fiscalizador garante del tráfico jurídico.

A menudo, la voluntad del fundador y la protección de los intereses generales, a los que las fundaciones sirven, aparecen enfrentadas. Por ello, aún es más difícil que pueda potenciarse aquélla y éstos conjuntamente y al máximo: siempre alguno o algunos deberán ceder algo en aras del otro u otros.

En este marco, el Código Civil de Cataluña ha preferido dar prioridad a la promoción de los intereses generales aunque resulte en cierto modo mermada la protección jurídica de la voluntad del fundador. Esta opción, no obstante, no choca en lo esencial, con el planteamiento de la constitucional. Sin embargo, merece un detenido estudio para determinar hasta qué punto la voluntad ha de considerarse elemento esencial del derecho de fundación.

Concretamente, en el Derecho de Fundaciones la autonomía privada desempeña un papel capital, ya que las normas estatutarias configuran en buena parte el régimen jurídico de la fundación<sup>30</sup>. Antes de preguntarnos qué fuerza tiene la voluntad del fundador actualmente, conviene preguntarse por qué tiene una determinada fuerza. La explicación de la eficacia que el ordenamiento atribuye a la voluntad del fundador se encuentra fundamentalmente en el generoso desprendimiento que éste hace de parte o de todo su patrimonio.

El propio acto de liberalidad del fundador explica que aquél pueda disponer por su voluntad sobre unos bienes y derechos que le han dejado de pertenecer; esto es, en atención al carácter gratuito del negocio jurídico fundacional. El Derecho reconoce al fundador la posibilidad de seguir rigiendo permanentemente la vida de un determinado

---

<sup>30</sup> Siguiendo a VALERO AGÚNDEZ, Urbano; *La fundación como forma de empresa*. Universidad Secretariado de Publicaciones. Valladolid, 1969 Pág. 65. “*El principio tradicional que dice que la voluntad del fundador es ley de la fundación, despliega su fuerza no sólo para imponerse a los patronos, sino también para llenar los vacíos dejados por el Derecho estatal y para excluir la aplicación de las normas del Derecho dispositivo de éste*”.

patrimonio, con la correspondiente salvedad de que según el Derecho español esto acontece solo en el caso de que el desprendimiento se encamine a la realización del interés general.

Hasta la entrada en vigor del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, no se exigía una determinada cuantía en concepto de dotación inicial. Las leyes catalanas de forma similar a la legislación estatal de fundaciones, habían permitido la constitución de fundaciones con patrimonios escasos, argumento que, además, fue defendido en la Exposición de motivos de la Ley 5/2001, de 2 de Mayo, de Fundaciones, de Cataluña en la que se establecía que *"son entidades que habrán de procurarse los medios económicos por vías alternativas a la dotación del fundador, tales como donaciones, subvenciones u obtención de ingresos"*.

Ante la evidencia, se explica que la voluntad del fundador aparezca debilitada en el Código Civil de Cataluña, a pesar de haber sido defendida al inicio. Esto es así por la exigencia de una dotación inicial de 60.000 euros, instituida por el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, atenuada posteriormente por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña que rebaja la dotación a 30.000 euros y, defiende que las dotaciones fundacionales son poco significativas y que gran número de las fundaciones deben financiarse por otras fuentes.

Por otra parte, también el Libro tercero del Código Civil de Cataluña prevé -con gran acierto, a nuestro entender- la constitución de fondos especiales, cuando se pretendan destinar bienes a finalidades de interés general sin dotarlos de personalidad autónoma.

Los aspectos negativos que produce este estado de cosas resultan evidentes, pues, si bien el tratamiento jurídico que reciba la voluntad fundacional es, por lo general, cuestión poco relevante para quienes simplemente buscan constituir una organización altruista sin apenas patrimonio, no sucede lo mismo con quienes constituyen fundaciones dotadas con grandes patrimonios. Para éstos últimos sí tiene una extraordinaria importancia el decurso de la vida de la entidad en los términos en que la han concebido<sup>31</sup>.

Quizás ha llegado el momento en que debemos diferenciar el tratamiento jurídico de la voluntad del fundador, según se desprenda de un gran patrimonio capaz de garantizar patrimonialmente la vida de la fundación o según, simplemente desembolse una

---

<sup>31</sup>GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge; "Objeto y alcance de la Ley de fundaciones..." op. cit. Págs. 44-48.

dotación mínima. En el primero de los casos, la voluntad del fundador debería ser reforzada y recibir una mayor protección jurídica para garantizar en mayor medida su respeto. En cambio, tratándose de fundaciones de escasa dotación, podría incluso flexibilizarse el vigente tratamiento legal de la voluntad del fundador para agilizar la gestión de la entidad y otorgar mayor protagonismo al patronato y al protectorado para que puedan adaptarla fácilmente a las nuevas circunstancias.

La Ley debe considerar que además de la voluntad plasmada en los estatutos de la fundación, ésta se rige por otra voluntad, la del fundador a la sazón, la cuestión está en cómo acudir a ella.

La primera manifestación de la voluntad del fundador se encuentra en el acto de constitución de la fundación. La constitución por acto entre vivos de una fundación requiere el otorgamiento de una carta fundacional con el contenido establecido en el artículo 331-4 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña. Si la constitución es por causa de muerte requiere la manifestación sobre la creación de la fundación en testamento o en codicilo y la designación de las personas físicas o jurídicas que deben ejecutarla.

Una vez constituida la fundación, su existencia trasciende del acto del fundador, por lo que se requiere que aquél fije las normas básicas de funcionamiento de la fundación en los estatutos. Ahora bien, nada impide que el fundador que esté presente en la vida de la institución pueda completar o aclarar su voluntad inicial<sup>32</sup>.

Con todo, pese a las consideraciones anteriores, toda esta loable construcción legal sobre la consideración de la voluntad del fundador, se queda vacía de contenido a lo largo del articulado del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, en el que no se menciona en ninguno de sus artículos otra voluntad que la manifestada en los estatutos.

Parece como si, una vez constituida la fundación, la ley se olvidase del fundador<sup>33</sup>. Así, en aquellos casos que sería más conveniente conocer la voluntad del fundador, tales como la reforma de estatutos, o su extinción, el código olvida por completo la voluntad extra-estatutaria del fundador. Hasta el punto de que el fundador vivo no es

---

<sup>32</sup>GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge; *Ibidem*. Págs. 108-111.

<sup>33</sup>Para BADOSA COLL, Ferran; *La constitució de fundacions*.op.cit. Págs. 47-48, la razón por la que se confiere relevancia a la voluntad del fundador estriba en que la constitución de un patrimonio independiente no se basa en la atribución lucrativa a una persona, sino en las características del negocio de constitución de la fundación, a cuyo través se destinaba la dotación-patrimonio a una finalidad.

tenido en cuenta en aquellos supuestos en que el protectorado debe conculcar alguna disposición estatutaria por las razones que sean.

A pesar del silencio del Código Civil de Cataluña hacia la voluntad extra estatutaria del fundador, resulta de una claridad meridiana que la sujeción de las fundaciones a la misma no deba contenerse en una declaración de intenciones o simplemente en una exposición de motivos, sino en la parte dispositiva de la ley. No ocurre lo mismo en el caso de la legislación estatal, en la que, como consecuencia de la peculiar importancia que reviste en las fundaciones, la voluntad del fundador, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en su artículo 2 apartado segundo, se dedica a establecer cuáles son las normas rectoras de las fundaciones y dispone a estos efectos:

*“Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y en todo caso por la ley”<sup>34</sup>*

A primera vista, puede resultar sorprendente la enumeración contenida este precepto respecto de la mención a la voluntad del fundador y a los estatutos. En efecto, cabría pensar que la voluntad del fundador sólo debía ser tomada en cuenta en aquellos puntos en que se hubiera plasmado en los estatutos, de modo que esa voluntad fuera irrelevante en cualquier otro terreno. Sin embargo, como consecuencia de la peculiar importancia que reviste en las fundaciones la voluntad del fundador, el legislador estatal no se limita a darle transcendencia en aquello que ya ha sido reflejado estatutariamente sino que le confiere relevancia *per se*. Sin embargo, es preciso admitir que la concreción de los supuestos y las condiciones en las que ha de adquirir eficacia esa voluntad no plasmada estatutariamente no resulta fácil en absoluto.

De entrada, la cuestión inicial que se plantea, estriba en admitir o no otros casos de relevancia de la voluntad del fundador distintos a los ya previstos expresamente en la ley. A decir verdad, si entendemos que la previsión del artículo 2,2 de la Ley estatal de Fundaciones constituye una simple proclamación de carácter general que después debe concretarse legalmente caso por caso, reducimos considerablemente el alcance del precepto legal<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup>En opinión de GARCÍA ANDRADE, Jorge; *La fundación un estudio jurídico*. Escuela Libre Editorial. Madrid 1997. Págs. 39-40, la previsión del artículo 1,2, de la Ley de Fundaciones de 1994 quedaba vacía de contenido porque tras ese precepto, la Ley no volvía a mencionar otra voluntad que la manifestada en los estatutos.

<sup>35</sup>De acuerdo con la opinión de PIÑAR MAÑAS, José Luis y REAL PÉREZ, Alicia; *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador desde la evolución del Derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*. op.cit. Págs. 92-93.

Si realizamos un somero recorrido por el contenido del Libro tercero del Código Civil de Cataluña para verificar los ámbitos en que se otorga relevancia a la voluntad del fundador y a los estatutos, observamos que son constantes las referencias a lo largo de su articulado tanto a la voluntad del fundador como a los estatutos. El Código Civil de Cataluña acude a la voluntad del fundador para conferirle efectos de diverso alcance según el ámbito en que se manifieste esa voluntad. Conforme al artículo 332-4, apartado cuarto, del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, el fundador puede reservarse en la carta fundacional, de una forma temporal o hasta su muerte o extinción, el derecho a designar, separar y renovar los patronos y los cargos del patronato.

Esta reserva debe incluirse también en los estatutos, de igual forma que también debe regularse la forma de designación, destitución y renovación de los patronos y de los cargos para el momento en que se produzca la muerte o extinción de los fundadores. El artículo 332-11 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña concede legitimación al fundador – sin mencionar la salvedad de cuando no fuera patrono, como ocurre en el caso de la Ley estatal- para entablar, en nombre de la fundación, la acción de responsabilidad frente a los patronos. Según el artículo 333-1 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, la enajenación, gravamen o cualesquiera otros actos de disposición de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación debe hacerse a título oneroso y respetando las condiciones de los fundadores o los aportantes. Conforme al artículo 335-1 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, el fundador puede prohibir que el patronato acuerde, en interés de la fundación, la modificación de los estatutos.

La prohibición del fundador imposibilita que se acuerde la fusión de una fundación (artículo 335-2 Código Civil de Cataluña) y también puede impedir la escisión de la fundación (artículo 335-3 Código Civil de Cataluña). El fundador puede conferir al patronato la decisión concerniente a qué fundaciones o entidades no lucrativas se destinarán los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación (artículo 335-6 Código Civil de Cataluña).

También son constantes las referencias a las funciones normativas de los estatutos, al margen del fundamental artículo 331-9 del Código Civil de Cataluña. Así, sin pretensiones de exhaustividad, es posible mencionar los siguientes supuestos en el marco jurídico catalán: criterios para la adopción de acuerdos del patronato (artículo 331-9 f) y g); mecanismos para la sustitución de los patronos (artículo 332-4,4 ); previsión de causas de cese de los patronos (artículo 332-4, 4); criterios para la



administración (artículo 332-4,4); causas de extinción de la fundación (artículo 335-5,2); designación de las fundaciones o de las entidades no lucrativas a los que destinan los bienes y derechos restantes de la liquidación de una fundación (artículo 335-6,2); además, los estatutos pueden prohibir la delegación de las facultades en uno o más de sus miembros (artículo 332-4,2).

La importancia de los estatutos se aprecia en la previsión del artículo 332-11,7 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña en cuya virtud los patronos responden solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios causados por los actos contrarios a la Ley o a los estatutos, o los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo, cuando la responsabilidad sea imputable a varias personas.

#### **1.1.5 Los límites a la autonomía de la voluntad**

Hemos afirmado que la voluntad del fundador aparece como un elemento esencial de la fundación, y el respeto a esa voluntad debe formar parte del contenido esencial del derecho de fundación reconocido constitucionalmente<sup>36</sup>.

No obstante, y a pesar de esta previsión legal, la voluntad relevante del fundador, a efectos de la regulación de fundaciones, es fundamentalmente la manifestada a través del negocio jurídico fundacional y, sobre todo, mediante la incorporación a los estatutos de la fundación<sup>37</sup>. A la voluntad del fundador se refiere expresamente el Código Civil de Cataluña en varios de sus preceptos, bien como parte esencial del negocio jurídico fundacional o bien como contenido obligatorio de los estatutos.

Como hemos puesto anteriormente de manifiesto, el derecho consagrado constitucionalmente implica, ante todo, el respeto a la voluntad del fundador en su decisión de crear una fundación como persona jurídica. Es suya la iniciativa fundacional que nadie puede suplir, si bien ello no impide que el legislador imponga determinados requisitos para que la fundación quede válidamente constituida y adquiera personalidad jurídica.

---

PIÑAR MAÑAS, José Luis y REAL PÉREZ, Alicia; *Ibidem*. Págs. 92-93.

<sup>37</sup> No se alcanza de otro modo entender a través de qué mecanismos (distintos de los Estatutos) es efectiva esta voluntad, como pone de relieve MONTES PENADÉS, Vicente Luís; "Fragmentos de un estudio sobre las Fundaciones en el Derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre" *Asociaciones y Fundaciones*, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Alicante, 27 a 29 de mayo de 2004. Págs. 161-236. VERDERA SERVER, Rafael; "Comentarios al artículo 2", AAVV, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Págs. 116-117. Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial y Marcial Pons, Madrid 1995 pone de relieve la dificultad de concretar los supuestos y las condiciones en que la voluntad del fundador no plasmada estatutariamente adquiere relevancia.

En todo caso, la voluntad debe estar subordinada a la ley (imperativa) pudiendo ésta prever supuestos, debidamente justificados, en que tal voluntad pueda ser desconocida o suplantada por la de otros sujetos u órganos,-por ejemplo, como se prevé en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña- para garantizar la actividad fundacional (artículo 336-4) o incluso la adquisición de la personalidad jurídica (artículo 331-11). En esta línea de razonamiento incide el Tribunal Constitucional en la sentencia 49/1988, de 3 de marzo, al sostener que tanto la manifestación de la voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuáles 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*”.

## 1.2 Delimitación conceptual y características de las fundaciones

### 1.2.1 Concepto

Antes de entrar en el concepto de Fundación es preciso, a partir de la entrada en vigor del Libro III del Código Civil de Cataluña, establecer una distinción entre las fundaciones públicas y privadas. Mientras que la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña se definía en su título como una “Ley de Fundaciones privadas”, el Libro III del Código Civil de Cataluña regula tanto las fundaciones públicas como las privadas.

No obstante, es conveniente señalar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 del Código Civil estatal, qué se ha de entender por fundaciones públicas: aquellas creadas por una ley o por una disposición administrativa inferior y que estén dotadas con bienes demaniales. Las fundaciones privadas son de libre constitución por parte de los particulares. Con todo y, según el Derecho actual, este criterio de distinción debe ser matizado, ya que sólo se consideran fundaciones públicas aquellas en las que la capacidad de decisión o financiación depende del sector público.

Inicialmente, podría definirse la *fundación*, a partir de los siguientes elementos descriptivos: especie de persona jurídica de origen particular y de interés público, cuyo nacimiento tiene lugar en virtud de un negocio jurídico (llamado *fundacional*) unilateral y no recepticio, por el que el fundador (o fundadores) declara -ya con carácter irrevocable y sin sujeción a forma, si el negocio es *Inter vivos*; ya con facultad de revocación si se instituye en forma testamentaria -su voluntad de que un cierto instituto u obra surja para la realización de uno o varios determinados fines de utilidad o

beneficencia, generalmente con carácter de permanencia, a cuyos efectos destina un conjunto de bienes o derechos suficientes<sup>38</sup>.

La definición anterior puede concretarse, afirmando que es aquella persona jurídica que se constituye mediante la manifestación de voluntad del fundador de destinar un patrimonio a la realización de una finalidad de interés general, dotándole de una organización para emitir declaraciones de voluntad<sup>39</sup>.

La ley catalana 1/1982, de 3 marzo, de fundaciones privadas, definía la fundación como:

*“persona jurídica creada por iniciativa privada, mediante la adscripción de un patrimonio a unas finalidades de interés general y que actúa sin ánimo de lucro, aún cuando los servicios que preste no deban ser necesariamente gratuitos<sup>40</sup>”.*

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, define las fundaciones privadas, como:

*“entidades sin afán de lucro, constituidas por la manifestación de voluntad de las personas físicas o jurídicas que son sus fundadoras, mediante la afección de unos bienes o derechos de realización a finalidades de interés general<sup>41</sup>”.*

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña, define las fundaciones como:

*“entidades sin ánimo de lucro, constituidas mediante uno o varios fundadores, por razón de la afectación de unos bienes o de unos derechos de contenido económico y el destino de sus rendimientos o de los recursos obtenidos por otros medios al cumplimiento de finalidades de interés general<sup>42</sup>”.*

---

<sup>38</sup>Según formula BADENES GASSET, Ramón; *Las Fundaciones de Derecho Privado*. Tomo I. Librería Bosch. 3ª Edición. Barcelona 1986. Págs. 305-309.

<sup>39</sup>Siguiendo a VILASECA i MARCET, Josep.Maria; *Fundacions Privades Catalanes*. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública. Barcelona 1984. Págs. 24-34.

<sup>40</sup> Artículo 2,1 Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas

<sup>41</sup> Artículo 1 Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña

<sup>42</sup> Artículo 331-1 del Código Civil de Cataluña

### 1.2.2 Características

Aun existiendo diversidad de definiciones del término *fundación*, la doctrina sí es unánime a la hora de señalar tres requisitos imprescindibles para la constitución de una fundación<sup>43</sup>: la dotación, la finalidad y la organización.

#### 1.2.1.1 La dotación

Como ente presente en el tráfico económico, con capacidad para asumir obligaciones que le permitan llevar a término los fines para cuyo cumplimiento fue constituida, la fundación debe acreditar que posee un patrimonio afecto a tales fines que hace factible el cumplimiento de las obligaciones que le son exigible.

El patrimonio inicial de la Fundación recibe el nombre de dotación, y se constituye en virtud de un negocio jurídico dispositivo, como consecuencia del cual una determinada masa patrimonial se transmite del patrimonio de los fundadores a la fundación.

De acuerdo con esta definición la dotación se ha de configurar en primer lugar, como un negocio jurídico dispositivo.

Entendemos, por *dotación*, un patrimonio afecto a la realización de finalidades de interés general. Este conjunto de bienes y derechos que integran el patrimonio son los que se separan e independizan del patrimonio privativo de los fundadores para destinarlos a la consecución del fin fundacional<sup>44</sup>.

El negocio jurídico mediante el cual se separan del patrimonio de los fundadores consiste en una cesión gratuita entre vivos o por causa de muerte. El acto será siempre irrevocable por lo que no es admisible arrepentimiento alguno ni tampoco le serán de aplicación las causas de revocación establecidas para las donaciones. Contra esta declaración de voluntad sólo caben las causas de rescisión y nulidad generales aplicables a cualquier negocio jurídico.

---

<sup>43</sup>Entre otros, DE CASTRO y BRAVO, Federico; *La persona jurídica*. Civitas, Madrid 1984. Pág. 293. Díez-PICAZO, Luís y GULLÓN, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I. Editorial Tecnos. Madrid a la luz de sus nuevas funciones, Revista de Derecho Privado, 1965. Págs. 567 a 609. NART, Ignacio; "La Fundación" en Revista de Derecho Privado, 1951. Págs. 488-497. VILASECA MARCET, José María; "Una ley de fundaciones privadas" en Revista Jurídica de Cataluña 1977. Págs. 61 a 97.

<sup>43</sup>Siguiendo el concepto que ofrece PUIG FERRIOL, Lluís; *Les Fundacions Privades catalanes*. Tirant lo Blanc. Valencia 1998. Págs. 336- 338. 1995. Págs. 646 y ss. LA CRUZ BERDEJO, José Luis; Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial Dykinson, 2010. Págs. 180-212. LOPEZ-JACOISTE, José Javier; La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones, Revista de Derecho Privado, 1965. Págs. 567 a 609. NART, Ignacio; "La Fundación" en Revista de Derecho Privado, 1951. Págs. 488-497. VILASECA MARCET, José María; "Una ley de fundaciones privadas" en Revista Jurídica de Cataluña 1977. Págs. 61 a 97.

<sup>44</sup>Siguiendo el concepto que ofrece PUIG FERRIOL, Lluís; *Les Fundacions Privades catalanes*. Tirant lo Blanc. Valencia 1998. Págs. 336- 338.

Por tanto, una segunda característica que se tiene que predicar de la dotación, es que se trata de una cesión gratuita.

La dotación puede constituirse con bienes y derechos de cualquier tipo y puede cumplir dos funciones diferentes: ser destinada directamente a la realización de la finalidad fundacional o ser invertida en bienes fructíferos para destinar así las rentas que se obtengan a la realización de aquella finalidad. En el primer supuesto la dotación se califica de *inmovilizado funcional* y en el segundo de *inmovilizado material fructífero*, aunque en todo caso comportará la obligación de conservarla íntegramente o bien, mantener su posible productividad.

La cuestión de la cuantía inicial había perdido relevancia a lo largo del tiempo, hasta el momento en que se produce la aprobación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña que exige una dotación mínima inicial. La dotación inicial podrá ser incrementada posteriormente con nuevas aportaciones del fundador o de terceras personas. También la fundación puede recibir libremente donativos, cuotas o subvenciones, ya sea a fin de que formen parte de la dotación, ya sea para destinarlos directamente a la realización de las finalidades fundacionales.

Según el tradicional concepto de *fundación*, el Estado debía controlar la inversión de la dotación. De acuerdo con los criterios actuales vigentes, la ley catalana, siguiendo las tendencias internacionales al respecto, permite una absoluta libertad de inversión de la dotación y de su gestión. A este respecto el Libro tercero del Código Civil de Cataluña introduce importantes novedades en relación a la dotación inicial. Desarrollaremos estas importantes novedades en el capítulo dedicado a la dotación.

### **1.2.2 La Finalidad**

La finalidad de toda fundación ha de ser la de servir a un interés general. Mientras se sirva a un interés general, quedará en manos de la imaginación y del libre albedrío del fundador la determinación del fin fundacional.

Básicamente la diversidad de finalidades que son posibles respecto del concepto de interés general pueden reducirse a dos: la asistencia social, que se dirige a satisfacer las necesidades materiales, y la cultura, que pretende atender al desarrollo de las necesidades espirituales o formativas

### **1.2.3 La organización**

Toda fundación, para actuar en el mundo del Derecho como una persona jurídica, debe reunir un tercer requisito: constituirse como una organización suficiente capaz de

producir actos de voluntad y de tomar decisiones. No puede haber ninguna fundación sin patronato.

El órgano de gobierno de las fundaciones privadas recibe el nombre de *patronato*. Es la carta fundacional donde debe regularse este órgano de gobierno, expresando su composición, la forma de designación y de renovación de los patronos así como la forma de deliberar y de tomar acuerdos. Además del patronato es posible designar otros órganos, entre los que podemos citar, por ejemplo, un consejo o asamblea de colaboradores, un comité de honor o un grupo de amigos de la institución.

### 1.3 Naturaleza Jurídica del derecho de fundación

La incorporación del derecho de fundación al texto constitucional es un dato innovador. En el anteproyecto del texto aparecían regulados conjuntamente los derechos de fundación y de asociación. En el texto constitucional, el derecho de asociación se incluye en la sección primera del Capítulo segundo, del título I, como derecho fundamental, mientras que el de fundación ocupa otro lugar y tiene un alcance diverso. El artículo 34,1 de la Constitución declara que “*se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley*”, y añade en su apartado segundo que serán de aplicación al régimen de las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22, esto es, las reglas que establecen que “*las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución motivada*”.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del derecho de fundación, en un primer momento, éste se hacía merecedor de la naturaleza jurídica de derecho fundamental, con las consecuencias que para este tipo de derechos señala el artículo 53,1 de la Constitución; esto es, que sólo por ley orgánica podrá regularse su contenido y se tutelarán conforme a lo previsto en el artículo 161,1 a) de la Constitución Española.

La garantía así concebida es desde luego, relevante y la defensa de este postulado constitucional incumbe, en primer lugar, al propio legislador y, en segundo lugar, y como garantía final, al Tribunal Constitucional, en su función de tutela de los derechos fundamentales y de supervisión de la corrección constitucional de las normas jurídicas con rango de ley.

Tal configuración como garantía institucional se emplea para distinguir el derecho de propiedad privada respecto de los derechos fundamentales de libertad, esto es, respecto de aquellos derechos que la Constitución consagra como libertades naturales de las personas. El artículo 34 de la Constitución garantiza así el mantenimiento, en el

ordenamiento, de un instituto determinado que se denomina *fundación*. No obstante, podemos discrepar de la calificación del derecho de fundación como derecho fundamental, coincidiendo de este modo con la opinión de algunos autores<sup>45</sup>, ya que lo que realmente consagra el artículo 34 de la Constitución española es una garantía institucional, es decir, el derecho de fundación goza de la garantía del contenido esencial<sup>46</sup>.

El concepto de *garantía institucional* ha sido asumido expresamente por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia 32/81, de 28 de julio, en relación con las Diputaciones catalanas.

No obstante, la calificación del contenido del artículo 34 de la Constitución como derecho fundamental o bien como garantía institucional conlleva tras de sí el análisis del ámbito de protección que reclama el precepto constitucional.

El Tribunal Constitucional se pronunció a este respecto, señalando lo siguiente:

*“(...)derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque ciertamente, existan, garantías institucionales que como por ejemplo, la autonomía local no están configuradas como derechos fundamentales”<sup>47</sup>.*

De este modo el contenido esencial del derecho fundamental no es sustancialmente distinto desde la perspectiva de su protección, del núcleo básico de la garantía institucional. El contenido esencial de cada derecho concreto será aquella parte de su contenido que lo hace reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo, sin la cual pierde, además, su peculiaridad.

A través de un detallado estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 34 de la Constitución y, en nuestra opinión, es la Sentencia 49/88, de 22 de marzo, sobre Cajas de Ahorro la que mejor aborda la cuestión acerca de la determinación del contenido esencial del derecho que el artículo 34 de la Constitución consagra. En ella, los recurrentes imputaban la vulneración de este

---

<sup>45</sup>Entre otros, RUBIO LLORENTE, Francisco en su ponencia en la mesa redonda “Panel sobre el presente y futuro de las fundaciones en España”, en DE LORENZO GARCÍA, Rafael y CABRA DE LUNA “*Presente y futuro de las Fundaciones*”. Civitas/Fundación ONCE, Madrid 1990, Págs. 244 y ss.

<sup>46</sup>TOMÁS Y VALIENTE, Francisco; “Estudio Previo”, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos fiscales*. op. cit. Pág. 2.

<sup>47</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional 26/87, de 27 de Febrero que resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica de Reforma Universitaria.

derecho fundamental a la Ley 31/85, de 2 de agosto, de regulación de las normas básicas sobre Órganos rectores de las Cajas de Ahorros, por no respetar su contenido esencial.

El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico cinco de la sentencia mencionada, señala que el artículo 34 de la Constitución

*“(...) se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. 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”*

A continuación el Tribunal insiste que *“como afirmación general pocas dudas puede haber de que ése es el concepto de Fundación a que se refiere el artículo 34 de la Constitución”*.

El contenido esencial del derecho fundamental que reconoce el artículo 34 de la Constitución puede delimitarse como *el derecho que todo ciudadano tiene de crear una persona jurídica*, sin olvidar en esta delimitación la conciencia jurídica imperante en cada momento histórico. La esencia del derecho que el artículo 34 de la Constitución consagra consiste en que el patrimonio adscrito a un fin debe revestir necesariamente la forma de persona jurídica.

No obstante, tal manifestación no es suficiente, dado que el artículo 34 de la Constitución debe ponerse en concordancia con el artículo 43,1 del mismo texto legal, a cuyo tenor, la persona jurídica que constituye el resultado inmediato del ejercicio de este derecho debe, además, perseguir fines de interés general<sup>48</sup>. Nos hallamos así ante otra cuestión a resolver, como es la de determinar el significado de la fórmula empleada por la Constitución de *“fines de interés general”*.

---

<sup>48</sup>Siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado” Revista Española de Derecho Administrativo, número 89, enero-marzo 1996. Pág. 69-89.



La determinación del significado de la fórmula constitucional, en nuestra opinión se verá condicionada al momento histórico de cada caso concreto. Así pues, mientras que históricamente, la fundación estaba vinculada al ámbito de la beneficencia, en la actualidad, no podemos sostener que los fines de interés general deban limitarse a este ámbito, ya que la libertad de empresa no puede desconocerse en este contexto.

No obstante, lo anteriormente sostenido, en modo alguno la fórmula utilizada puede interpretarse como una identificación entre fines de interés general y cualquier finalidad lícita que el fundador pretenda perseguir. Ni nuestro ordenamiento jurídico ni la conciencia social imperante permiten identificar la fundación con cualquier persona jurídica guiada por el ánimo de lucro ni con ninguna sociedad capitalista.

Para la determinación del significado de la fórmula que la Constitución emplea: *fines de interés general*, algunos autores<sup>49</sup> recurren al concepto jurídico indeterminado de “interés público”, y así llegan a una posible delimitación del ámbito de los fines que legítimamente determinan el ejercicio del derecho de fundación.

En nuestra opinión, la razón por la que el texto constitucional menciona el *interés general* que atribuye a las fundaciones, sustituyendo la expresión de *interés público* contenida en el artículo 35 del Código Civil estatal cuando regula aquellas, se encuentra en que el *interés general* hace referencia al *interés común* mientras que el interés público guarda relación con las funciones atribuidas a los poderes públicos.

En relación con esta cuestión consideramos necesario señalar que, si bien queda sobradamente explícito en nuestra Constitución que los fines de la fundación deben ser generales, lo que no queda delimitado con tal exactitud es si tales fines deben ser gratuitos, benéficos o lucrativos. La respuesta debe hallarse en el mismo texto constitucional: la Constitución exige que el patrimonio de la fundación se destine al interés general pero, en ningún precepto establece que no puedan crearse fundaciones lucrativas.

Una posible conclusión a la vista de estos razonamientos sería que, si bien, el interés general -como ha sido expuesto- no puede identificarse con la estricta beneficencia, no puede por ello admitirse que cualquier finalidad que pueda sugerirse sea subsumible en este precepto constitucional.

---

<sup>49</sup> Como TOMÁS y VALIENTE, Francisco; “Estudio Previo” *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. op. cit. Pág. 31.

No obstante, el planteamiento hasta aquí seguido debe matizarse en el caso de las llamadas *fundaciones-empresa*. En ellas, es una empresa la que ejercita el derecho de fundación. El derecho a crear una fundación, como derecho subjetivo y con protección constitucional, se reconoce también a estas personas jurídicas, sin mayor requisito de que exista un acuerdo de la Junta General como forma de manifestación de la voluntad fundacional.

Las fundaciones-empresa son el reconocimiento de que el Estado no puede satisfacer todas las necesidades de interés general, por lo que las entidades privadas colaboran en este ámbito por medio de la fundación. Una segunda forma de participar la iniciativa privada en este aspecto es el mecenazgo que interviene de manera indirecta.

### 1.4 Futuro de las fundaciones

La transformación de las estructuras sociales en nuestra época ha modificado también la naturaleza del fenómeno fundacional. Las fundaciones representan hoy, cuerpos intermedios entre el Estado y el individuo y su existencia se considera necesaria para atender a determinadas prestaciones desde una concepción participativa en la consecución de fines de interés general. Por eso, los poderes públicos tienden cada vez más a fomentarlas.

El sector de fundaciones en Cataluña se caracteriza por un amplio dinamismo y diversidad. Durante los últimos veinticinco años no ha cesado de crecer el número de nuevas fundaciones creadas, ampliando además sus ámbitos de actuación.

En el año 1998 había registradas 1288 fundaciones en toda Cataluña y diez años después esta cifra prácticamente se dobló, suponiendo 2571 las fundaciones inscritas entre los diversos protectorados (civiles y canónicos). Con todo, no todas se mantienen actualmente activas: el Departamento de Servicios Jurídicos de la Generalitat de la Generalitat de Cataluña en su informe de 2008, estima en torno a 2288 el número de fundaciones que han demostrado actividad durante los dos últimos años.

Las principales áreas de actividad de las fundaciones existentes se concentran en la educación y la cultura, seguidas de los servicios sociales, la investigación y la salud. Ahora bien, los tipos de actuaciones llevadas a cabo por las fundaciones catalanas se extienden más allá de estas áreas destacando también la cooperación, medio ambiente, responsabilidad social corporativa y deportes.

Merece la pena destacar la reconocida labor de muchas fundaciones en el ámbito de los menores y personas con discapacidad, a estos efectos las legislaciones autonómicas crearon en concreto una serie de agencias y de fundaciones públicas que asumieran las tutelas, a partir del artículo 242 del Código Civil.

En los artículos 119 de la Ley catalana de los derechos y oportunidades en la Infancia y la adolescencia y 228-6 del Código civil de Cataluña aparece regulada la institución de la “guarda protectora por la entidad pública”, si se prefiere traer a colación la terminología utilizada por el Libro segundo del Código Civil de Cataluña. En palabras de RAVETLLAT BALLESTÉ<sup>50</sup>, *“a pesar de que durante los debates de la elaboración de la Ley catalana de los derechos y de las oportunidades en la infancia y la adolescencia se manifestó, en múltiples ocasiones, la voluntad del legislador de potenciar este mecanismo asistencial y de protección jurídico-civil de las personas menores de edad, por considerarlo infrautilizado hasta la fecha, y que también, tanto en el documento de Bases de la Federación de Entidades de Atención y Educación de la Infancia y la Adolescencia (FEDAIA), considerado como el verdadero embrión o punto de partida del proceso que culminó en mayo de 2010 con la aprobación de la Ley 14/2010, como en el posterior texto de Bases para un Proyecto de Ley de Infancia de Cataluña elaborado por el entonces Departamento de Bienestar y Familia de la Generalidad de Cataluña (abril de 2006), se recogía de manera plausible y manifiesta esta inquietud”*.

Podemos concluir que son tres las circunstancias que van a influir en el futuro de las fundaciones en España:

- 1º) El arraigo y desarrollo que adquiere el mecenazgo social en la sociedad española.
- 2º) El tratamiento jurídico-fiscal que desarrolle el poder legislativo
- 3º) El nivel colectivo de conciencia ciudadana.

## 1.5 Evolución legislativa en materia de fundaciones en Cataluña

### 1.5.1 El Código Civil estatal

El Código Civil estatal, en materia de personas jurídicas enumera las denominaciones técnicas de las posibles entidades- corporaciones, asociaciones y fundaciones - clasificándolas en dos grupos- personas de interés público y de interés particular- y en ambos casos, remite a la ley, es decir a otra ley o a otras disposiciones del propio

---

<sup>50</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; “La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana”. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, abril 2014.

Código en cuanto a la determinación concreta de qué entes disfrutarán, jurídicamente, de personalidad independiente, de modo que serán personas jurídicas: las de interés público, cuando *sean reconocidas por la ley*, y respecto de las de interés particular, aquellas *"a las que la ley concede personalidad propia independiente de la de uno de sus asociados"*, según dispone el artículo 35 del Código Civil estatal.

Podría haber sido el propio Código el que señalara los requisitos básicos para el reconocimiento de la personalidad jurídica, como ocurre en los códigos alemán, suizo o italiano. Sin embargo, nuestro Código (artículos 35 a 39 y párrafo segundo del artículo 41), probablemente por influencia del Code Napoléon, dedica escasas disposiciones a tal efecto, remitiéndose a leyes complementarias del propio Código

Partiendo así de tales conceptos, el reconocimiento concreto de la personalidad de las personas jurídicas debe ser objeto de una ley en sentido formal porque la regulación sustantiva de la persona jurídica, al restringir necesariamente la amplitud y vaguedad del Código, en materia de derecho privado y, en definitiva, de libertades humanas básicas, sólo cabe por ley formal.

El Código, al exigir que las fundaciones sean de interés público, prohíbe aquéllas que sean de interés particular, conocidas generalmente con el nombre de fundaciones familiares. Subsisten también en el régimen legal español las vinculaciones de tipo familiar más allá de los límites señalados en los artículos 640 y 781 del mismo Código, así como la prohibición general de enajenar, rechazada por el artículo 785 del propio Código civil, así como por los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, y como también dispuso en su momento por el ya derogado artículo 117 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

### **1.5.2 La Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas**

La ley 1/1982, de 3 de marzo de fundaciones privadas fue la primera norma reguladora de las fundaciones en Cataluña. Esta ley regulaba de forma unitaria las fundaciones privadas, determinando aquellas características esenciales que configuraban la institución y permitían atribuirle personalidad jurídica.

La ley remitía a normas reglamentarias en cuanto a la regulación de la organización y funcionamiento de los servicios administrativos que se hayan de encargar de las funciones relacionadas con las fundaciones. De este modo, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas de Cataluña se complementó con el Decreto 37/1985, de 29 de enero, por el que se aprobaba la Instrucción para la organización y el

funcionamiento del Protectorado de la Generalitat sobre fundaciones privadas de Cataluña.

Mediante una ley posterior, la ley 21/1985, de 8 de noviembre, se modificaron sus artículos 11, 6 y 13,1 y 2.

Con posterioridad a la Ley 1/1982, de 3 de marzo de fundaciones privadas se publicó la Orden del Departamento de Justicia de 17 de julio de 1984, por la que se aprobaron las normas de publicidad del Registro de Fundaciones.

El 9 de junio de 1982 el Gobierno de España interpuso un recurso de inconstitucionalidad para dilucidar si los preceptos de la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privada podían incluirse dentro del contenido inherente a la competencia que el Estatuto de Autonomía de Cataluña otorgaba a la Generalitat en el ordinal 24 de su artículo 9; o si, por el contrario, estos preceptos, interferían en los asuntos o materias reservadas a la competencia exclusiva del Estado por aplicación del artículo 149,1.8º de la Constitución.

El Gobierno desistió finalmente del recurso interpuesto y el Tribunal Constitucional por Auto de 30 de noviembre de 1982 levantó la suspensión de la Ley 1/1982, de 3 de marzo de fundaciones privadas.

Una vez desistido el Gobierno del recurso que había interpuesto ante el Tribunal Constitucional contra la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, parece afirmado en la práctica el criterio de que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio pueden entrar a normar los aspectos sustantivos del régimen de fundaciones.

Una posible cuestión que se suscita a partir de este momento consiste en si las comunidades autónomas que no tengan derecho civil pueden promulgar este tipo de leyes. En principio, y de acuerdo con el artículo 149,1.8º de la Constitución, cabría una interpretación restrictiva que negase esta posibilidad.

Pero en relación a esta cuestión también es posible una interpretación amplia, con base en el principio de que, frente a las comunidades autónomas llamadas de *segundo grado*, las comunidades autónomas del artículo 151 de la Constitución solo tienen un límite competencial negativo por el que pueden asumir toda clase de competencias, siempre que no choquen con algunas de las que el artículo 149 de la Constitución configura como exclusivas del Estado. No es este el caso de las fundaciones: las referidas normas son, en principio, constitucionalmente legítimas.

La única duda razonable respecto de esta cuestión proviene del propio artículo 149,1.8º del texto constitucional que establece como competencia exclusiva del Estado *“la legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo de las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”*. Es claro que la regulación de las fundaciones es legislación civil por lo que sólo podrá ser competencia de aquellas comunidades autónomas de primer grado, que además tengan competencia para desarrollar su derecho civil.

Las líneas generales de esta ley, podríamos resumirlas en las siguientes:

- a) Respecto de la naturaleza de la fundación, es concebida como una institución de Derecho privado. Pese a ello, como sus finalidades son de interés general, quedan sometidas a los controles de los poderes públicos pero sólo en la medida necesaria para que resulten garantizados el respeto a la voluntad del fundador y la efectiva aplicación del patrimonio al cumplimiento de los fines de interés general.
- b) Se reconoce una amplia iniciativa a la voluntad de los fundadores, sólo limitada por la exigencia estrictamente jurídica de aquellos preceptos que determinan las características esenciales de la fundación.
- c) Se incorpora la prohibición de la concesión de retribuciones a los miembros del órgano de gobierno y la obligación de rendir cuentas al protectorado.
- d) Como corresponde a una institución de Derecho privado, el control se ejerce en forma de aprobación de actos, más que de autorizaciones previas.
- e) Se contempla la sumisión total a la jurisdicción ordinaria en lo referente a la responsabilidad de los órganos de gobierno, incluso para todo lo que se refiere a medidas cautelares y a la jurisdicción contencioso-administrativa en lo que respecta a los actos del protectorado.
- f) Se establece la aplicación uniforme de la Ley a todo tipo de fundaciones privadas, lo que no es obstáculo para que, en el ámbito puramente administrativo, cada Departamento, en razón de la materia, pueda atender a las necesidades de las distintas clases de fundaciones, proveyendo a su fomento, coordinación y ayuda.

### **1.5.3 Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña**

El Preámbulo de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña calificaba la ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas como un texto legislativo avanzado y progresista, además de haber sido el referente legislativo para otras iniciativas legislativas sobre la materia. No obstante, la nueva Ley se justificaba por razones tan poderosas como los años transcurridos desde que aquella fue aprobada, la experiencia adquirida por el protectorado y, sobre todo, la iniciativa de la sociedad civil, que había hecho que las fundaciones superasen el marco legal establecido por la ley al haber surgido numerosas iniciativas que, a pesar de no poseer un patrimonio importante para constituir una fundación, querían crearla. En el panorama fundacional previo a la entrada en vigor de la nueva ley de fundaciones y, frente a la fundación tradicional financiada con los rendimientos de un patrimonio afectado, nos encontrábamos con fundaciones que se financiaban con la prestación de servicios remunerados, con campañas de recaudación de donativos y, con el cobro de cuotas, además de con la colaboración del voluntariado y las aportaciones de fondos públicos.

El espíritu de la Ley se configuraba extraordinariamente respetuoso, no sólo con la iniciativa privada, sino también con todas aquellas iniciativas que, pese a no disponer de un patrimonio importante, estaban dispuestas a constituir las.

No podemos olvidar que desde el año 1982 las fundaciones catalanas habían experimentado una evolución considerable<sup>51</sup>, ya que de las doscientas que inicialmente estaban inscritas se había pasado a un número extraordinariamente superior, que representaba un crecimiento sectorial y territorial bastante uniforme.

Es preciso constatar, también que, desde el punto de vista de la finalidad fundacional, a pesar de haber incrementado y renovado su presencia en aquellos ámbitos donde tradicionalmente había sido activa, tales como la asistencia social, la educación, la sanidad y la cultura; había pasado a incidir en otros muchos, tales como la investigación científica, la defensa del medio ambiente o la promoción deportiva.

La iniciativa social en el campo fundacional de aquellos momentos y ante la nueva realidad, hacía necesario un nuevo texto normativo que se adaptara a las nuevas fundaciones y facilitara su constitución, simplificando los requisitos necesarios al

---

<sup>51</sup> Según la Coordinadora Catalana de Fundaciones, durante el período de 1982-1994 –dos momentos fundamentales para la regulación legal de las fundaciones en Cataluña –se producían aproximadamente 65 altas anuales; desde noviembre de 1994 hasta septiembre de 1998, se registraron 81,5 nuevas fundaciones de media anual y, en torno al año 2000 la media era de 124 altas anuales.

respecto, así como los obstáculos en su gestión, posibilitando incluso su temporalidad y la posibilidad de constituir fondos especiales. Además, la nueva Ley destacaba frente a la anterior en cuanto a su intención de estimular a la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general.

Como ocurre con toda regulación nueva era necesario precisar las normas transitorias necesarias para el paso de la situación jurídica antigua a la que sustituía. La Ley dispuso trámites sencillos para adaptar las fundaciones existentes a la nueva regulación, que culminarán con su inscripción en el nuevo Registro de Fundaciones, concediendo un plazo suficiente para ello. Además, debía establecer la retroacción de primer grado de sus preceptos, a fin de evitar la subsistencia por largo tiempo de situaciones jurídicas contrarias a la nueva legislación, lo que debía estimarse como más conveniente para regular las situaciones jurídicas que contempla.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña establecía un régimen transitorio, para las fundaciones constituidas con anterioridad a su entrada, así como para aquellas solicitudes de inscripción iniciadas antes de su entrada en vigor. Las fundaciones constituidas con anterioridad, debían adaptar sus estatutos en el plazo de cinco años.

#### **1.5.4 La Ley 4/2008, de 24 de abril, que aprueba el Libro III del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas**

El 2 de mayo de 2008, el Parlamento de Cataluña aprobó, mediante la Ley 4/2008, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña<sup>52</sup>. Esta norma se enmarca dentro del proceso codificador del derecho civil catalán iniciado por la Ley 29/2002, de 30 de diciembre<sup>53</sup>, que aprobó la primera ley del Código civil de Cataluña y fijaba su estructura.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, el Código ha de tener un libro tercero relativo a las personas jurídicas que debe incluir “la regulación de las asociaciones y las fundaciones”. El Libro tercero refunde, sistematiza y armoniza —observando las exigencias de la técnica codificadora— la legislación catalana de asociaciones y de fundaciones.

---

<sup>52</sup> Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, número 5123, de 2 de mayo de 2008 y Boletín Oficial del Estado, número 131, de 30 de mayo de 2008.

<sup>53</sup> Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, número 3798, de 13 de enero de 2003 y Boletín Oficial del Estado, número 32, de junio de 2003.



No obstante, el Código Civil sólo abarca el régimen jurídico privado de las fundaciones y de las asociaciones, por lo que no se han incorporado disposiciones de Derecho público. Esta circunstancia ha determinado que permanecieran vigentes los artículos de las leyes que deroga que contienen prescripciones de tal naturaleza. En lo que respecta a la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, quedan vigentes los artículos 51, relativo al régimen del silencio administrativo en los expedientes de autorizaciones, y el artículo 52, relativo a los órganos resolutorios del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña. No obstante recientemente, la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública deroga la Ley 5/2001, de 2 de mayo, en la parte que no había sido derogada por la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero, del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

Esta tesis pretende no sólo desarrollar y analizar la nueva regulación de las fundaciones en Cataluña sino también examinar detalladamente la normativa para alcanzar una visión omnicomprendensiva en su conjunto además de un análisis comparado con la regulación anterior y las reformas subsiguientes.

## 2 Concepto de fundación en el código civil de Cataluña. Objeto y alcance. Fines y beneficiarios.

### 2.1 Concepto legal

El artículo 331-1 que inicia el Título III del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, dedicado a las personas jurídicas, propuesto para la regulación de las fundaciones, comienza ofreciendo el concepto de *fundación*, para lo que sigue el esquema de la ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que regula el objeto de la ley. A continuación desarrolla el concepto de fundación. Esta pretensión definitoria no fue respetada por la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, que iniciaba el apartado primero del artículo 1 regulando el ámbito de aplicación, para continuar con la definición de la fundación. No pretendemos entrar en la cuestión acerca de la conveniencia o no de que ciertas leyes contengan definiciones jurídicas, pero sí nos planteamos diferentes interpretaciones sobre la introducción de este precepto y la conveniencia de su ubicación, en primer término. Nuestra opinión al respecto, gravita en considerarla como una decisión acertada del legislador, ya que el concepto de fundación ha sido hasta el momento confuso y su distinción con otras figuras semejantes no ha sido siempre clara.

El nuevo artículo 331-1 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña no sólo ofrece el concepto de *fundación* (apartado 1) sino también el de *fundador* (apartado 2), además de definir los principios que deben inspirar la actuación de las fundaciones (apartado 3), seguidamente, establece el momento de adquisición de la personalidad jurídica definitiva (apartado 4) y acaba instituyendo la posibilidad de constitución de fundaciones temporales siempre y cuando su duración sea suficiente para cumplir su finalidad fundacional (apartado 5).

Paradójicamente se observa, pues, como la ley catalana dispone explícitamente la posibilidad de constituir fundaciones con carácter temporal y las regula expresamente en el artículo 331-8. Esto no ocurre en la ley estatal que no considera esta posibilidad de forma abierta, ya que, el artículo 2,1, requiere que la afectación de bienes se produzca de modo duradero. El carácter duradero que exige no puede, obviamente, interpretarse como una afectación que tenga carácter permanente o perpetuo. Se identifica, pues, con una afectación no coyuntural, si ese tiempo no es adecuado para cumplir un fin de interés general. A la vista del artículo 31 a) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, no puede existir duda alguna acerca de la plena admisión de la fundación temporal por la ley estatal.

El artículo 331-1 del Libro III del Código Civil de Cataluña identifica las fundaciones como

*“(...)entidades sin ánimo de lucro, constituidas por uno o diversos fundadores, mediante la afectación de unos bienes o unos derechos de contenido económico y el destino de sus rendimientos o de los recursos obtenidos por otros medios al cumplimiento de finalidades de interés general. Mucho se ha escrito sobre el concepto de fundación.*

Mucho se ha escrito sobre el concepto de fundación. La doctrina<sup>54</sup> ha reflejado la diversidad de tesis que intentan diseñar la base de la fundación, refiriéndose, en primer lugar, a las teorías que tienen un predominante carácter patrimonial y, seguidamente, a las que consideran como substrato de la fundación el fin, el Estado o los destinatarios, la voluntad objetivada del fundador y la organización.

El concepto de fundación que asume el Código Civil de Cataluña se enmarca claramente en el modelo clásico<sup>55</sup>, a través de la llamada *fundación de dotación*. En el siglo XIX, ciencia jurídica alemana<sup>56</sup> elabora la construcción dogmática de este modelo, que se recibe en la mayoría de ordenamientos europeos continentales. Es forzoso reconocer que la teoría del patrimonio-fin continúa hoy desarrollándose, y un buen número de juristas se muestran partidarios de ella. De este modo al personificarse el patrimonio afecto al objeto de la fundación, esta podría estar definida en sentido estricto “como un patrimonio afecto a fines utilitarios y dotados de una personalidad independiente<sup>57</sup>”.

Del planteamiento legal de la fundación se desprenden los siguientes elementos: se trata de una entidad sin ánimo de lucro, y con afección de su patrimonio a la consecución de fines de interés general.

La definición de las fundaciones se mantiene esencialmente igual respecto de la legislación anterior. Puede apuntarse, no obstante, el intento de mayor precisión por

---

<sup>54</sup>Entre otros, BADENES GASET, Ramón; *Las Fundaciones de Derecho Privado....* op. cit. Pág. 249 y ss.

<sup>55</sup>Esta concepción tradicional de las Fundaciones en nuestra doctrina también ha sido la predominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y así fue recogida en la sentencia 49/1988, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional, relativa a las Cajas de Ahorro, donde el Alto Tribunal considera que ese ha sido el concepto admitido de forma general entre los juristas: *la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general.*

<sup>56</sup>REUTER “Stiftungen” (parágrafos 80 y ss.), en *MünchenerKommentar zum BGB* 1993. Págs. 446, 449 y ss. COING; “Staundingers Kommentar”. Pág.609 y ss. SEIFART, *Handbuch des Stiftungsrechts*,. München, 1987. Págs. 171 y ss.

<sup>57</sup>LOPEZ JACOISTE. José Javier; “La fundación y su estructura.....”, *Revista de Derecho Privado*. Op.cit. Pág. 603.

parte del legislador ya que se hacen algunas precisiones terminológicas en la definición, mejorando la contenida en el artículo 1,2 de la Ley catalana 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña. Así se varía el término *ánimo* por el de *afán*, se da una visión más omnicomprendensiva al referirse ahora a la afectación de bienes o derechos de contenido económico modificando la anterior referencia a bienes o derechos de realización; y se incluye en la definición, también expresamente, el destino de los rendimientos o de los recursos obtenidos por otros medios al cumplimiento de las finalidades de interés general.

Pero, sin duda, lo que más destaca de la definición es la desaparición de la calificación como *privadas* de las fundaciones objeto de regulación, y que aparecen, además, expresamente, en la regulación, las fundaciones públicas. Otros aspectos más marginales que destacan son la introducción de los criterios de imparcialidad y de no discriminación (artículo 331-1.3) y la referencia a la adquisición de la personalidad jurídica definitiva por parte de la fundación (artículo 331-1.4).

La concurrencia de los elementos previstos por el artículo 1,1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones constituye el substrato normativo que condiciona la posibilidad de adquirir la personalidad jurídica que el artículo 331-1 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, en su apartado cuarto, reconoce a las fundaciones desde su inscripción en el Registro de Fundaciones.

En su concepto de fundación, el Código Civil de Cataluña establece como elementos característicos de la misma, la ausencia de fin de lucro y la afectación de un patrimonio a finalidades de interés general. No resulta fácil determinar cómo debe interpretarse la ausencia de ánimo de lucro pero, en un sentido amplio, podría entenderse como tal, la prohibición de distribución de beneficios (como destinatarios principales o en condiciones especiales) respecto de los patronos, los fundadores o sus allegados. Por otra parte no cabe confundir la necesidad de que las fundaciones sean constituidas sin ánimo de lucro con la exigencia de gratuidad en las prestaciones de la entidad<sup>58</sup>, o con la prohibición de que los patronos sean retribuidos<sup>59</sup>.

La noción del interés general plantea la cuestión de su relación con la exigencia de interés público. Caben, al respecto, dos posiciones distintas:<sup>60</sup> por un lado la

---

<sup>58</sup> Esta cuestión se trata tangencialmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2003, en la que reitera que “*no puede ni debe confundirse fin de lucro con gratuidad*”.

<sup>59</sup> El artículo 332-10 dispone que los patronos ejercen sus cargos gratuitamente, si bien tienen derecho al anticipo y reembolso de los gastos debidamente justificados y a la indemnización de los daños producidos por razón de este ejercicio.

<sup>60</sup> VERDERA SERVER RAFAEL; “Comentario al artículo 2”, op.cit. Pág. 101.

equiparación entre interés general y público y, por otro lado, la distinción entre ambas finalidades. En la doctrina se ha considerado que el interés general es el razonablemente común a los miembros de una sociedad democrática. En consecuencia, una actividad responde al interés general cuando genera sustancial o predominantemente externalidades positivas, beneficios externos a personas ajenas a las directamente relacionadas con el esfuerzo desplegado en su consecución<sup>61</sup>.

Por último, cabe destacar, que pueden constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas privadas o públicas. Las personas jurídicas públicas sólo pueden hacerlo con personas privadas, de acuerdo con su normativa.

### **2.1.1 La aparición de las fundaciones públicas**

La eliminación del término *fundaciones privadas* abre la puerta a la aplicación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña a todas las fundaciones; también, por supuesto, a las de naturaleza pública que, sin tener hasta el momento una regulación autónoma quedan expresamente integradas.

El término *privadas* aparecía incluso en el título de la Ley 1/1982, de 3 de marzo de fundaciones privadas y pese a desaparecer del título de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña se mantenía en su definición (artículo 1.1 y 1.2) del mismo modo que seguía apareciendo a lo largo de la Ley (artículos. 2.1, 3.3, 6, 7, 11). El término desaparece ahora en el Código Civil de Cataluña, no solo del título sino también de la definición de las fundaciones.

No obstante, el apartado segundo del artículo 331-2 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña ha quedado eliminado por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

El apartado segundo del artículo 331-2 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña<sup>62</sup>, en su redacción original por Ley 4/2008, de 24 de abril, consideraba como fundaciones del sector público de la Administración de la Generalitat o de la Administración local de Cataluña a aquellas que cumplieran algunas de las siguientes condiciones:

---

<sup>61</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo, y SEUBA TORREBLANCA, Juan Carlos; "Fundaciones, interés general y títulos de aportación", *La Ley*, Madrid, 29 de enero de 1998, núm. 4468, 29 de enero. Pág.4.

<sup>62</sup> La ley 16/2008, de 23 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas en su artículo 49 modificó el primer párrafo del apartado segundo del artículo 331-2 del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, aprobado por la Ley 4/2008, de 24 de abril, que quedó transcrito según el redactado actual.

- a) Que se hayan constituido con una aportación mayoritaria de la Administración de la Generalitat, de los entes locales de Cataluña o de los organismos públicos u otros entes que dependan de los mismos, tanto si la aportación se hace de forma directa como indirecta.
- b) Que más del 50% del patrimonio fundacional esté formado, con carácter permanente, por bienes o derechos aportados o cedidos por las entidades relacionadas en el apartado anterior.
- c) Que más de la mitad de los miembros del órgano de gobierno sean nombrados por la Administración de la Generalitat, por los entes locales de Cataluña o por los organismos públicos u otros entes que dependan de aquellos.

Por lo tanto, fundación pública sería aquella en que la capacidad de financiación o decisión depende del sector público. Se manifestaba así una clara tendencia a favorecer la autonomía de la voluntad pública con la desaparición de la calificación de *privadas* de las fundaciones objeto de regulación y, se abría la puerta a la aplicación del Código Civil de Cataluña a todas las fundaciones.

En relación con la capacidad para su constitución, el artículo 331-2, apartado primero del Libro tercero del Código Civil de Cataluña indica un tanto confusamente que las personas jurídicas públicas solo pueden constituir fundaciones junto con personas jurídicas privadas, de acuerdo con su normativa. La norma parece que literalmente pretende impedir la constitución por parte de la Administración de fundaciones públicas sin la participación de personas jurídicas privadas, algo que no parece tener su lugar apropiado dentro del ámbito del mismo Código, ni dentro de la política legislativa sobre la materia. La interpretación teleológica nos permite indicar que la referencia debe entenderse en el sentido que debe ser el régimen jurídico de la persona jurídica pública fundadora la que permita la constitución de fundaciones mixtas.

La sistemática utilizada en el libro tercero del Código Civil de Cataluña, antes de la modificación era, sin duda, criticable ya que se incluían en el artículo dedicado a la capacidad para la constitución de la fundación a las fundaciones públicas y no se utilizaba este artículo para tratar de la capacidad, sino para calificar como públicas a las fundaciones que cumplieran los criterios que en él se fijaban y que se centraban básicamente en la participación mayoritaria de la Administración.

A pesar de que, por razón de la materia, la regulación no parecía propia del Código Civil, una vez que el legislador se había decidido a incorporarla, parecía que la materia tenía sustantividad suficiente para regularse como tal dentro del mismo Código, máxime cuando el Código establecía un mínimo marco regulador general, sin desarrollo posterior previsible a corto plazo y, más aún, teniendo en cuenta que el Código no se limitaba a citarlas, sino que, además de fijar los requisitos para considerarlas públicas, establecía también otras previsiones, como las normas sobre aportación sucesiva de la dotación (artículo 331-6.5 y 6) y la referencia al carácter público en la denominación de la fundación (artículo 331-9.1).

La Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, ha modificado los apartados quinto y sexto del artículo 331-6 en uno solo, que admite el desembolso sucesivo de la dotación, en el caso de que se aporte en dinero, en condiciones diferentes a las que establecía la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, e introduce como novedad que el compromiso de las aportaciones sucesivas, en el caso de que la fundación se constituya por personas jurídicas públicas, deba constar de manera expresa en el acuerdo funcional aprobado por el órgano competente, de acuerdo con lo establecido en la legislación de finanzas públicas.

En fecha 31 diciembre de 2008 apareció publicado, en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Financieras de la Comunidad Autónoma de Cataluña, cuyo artículo 49 vino a modificar algunos aspectos del régimen jurídico de las fundaciones, previsto en el Libro Tercero del Código Civil de Cataluña. Concretamente, en virtud del artículo 49 de la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, las “fundaciones públicas” pasan a identificarse como *“fundaciones del sector público de la Administración de la Generalitat o de la Administración local de Cataluña”*, dejando de ser preciso indicar en su denominación el carácter público o privado de la fundación.

Asimismo, y en virtud de lo previsto por la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, el hecho de que los ingresos de las fundaciones provengan mayoritariamente de subvenciones otorgadas por las administraciones y por otras entidades públicas no determina por sí solo el carácter de fundación del sector público, sin perjuicio de su condición de poder adjudicador a los efectos de su régimen jurídico contractual.

Tampoco comporta la consideración de fundación del sector público de la Administración de la Generalitat o de la Administración local de Cataluña, el hecho de percibir financiación de las administraciones y de otras entidades públicas, ya sea

mediante concierto o como contraprestación por la prestación de servicios y, en general, cuando tenga causa en negocios jurídicos que implican obligaciones recíprocas.

Históricamente<sup>63</sup> se ha hecho hincapié en la importancia que reviste la autonomía de la voluntad del fundador para la propia configuración de la institución, ya que éste dispone libremente sobre algunos de los aspectos más relevantes de la fundación, a través de la redacción de sus estatutos. La influencia del fundador es, por tanto, decisiva y marcará la vida y el desarrollo posterior de la institución, creada a iniciativa suya.

La evolución de la fundación y su devenir histórico han contribuido a matizar y a concretar esta autonomía, circunscribiéndola a unos límites cada vez más precisos, sin que por ello haya desaparecido el papel fundamental que corresponde al fundador en la definición y organización de la institución.

La gran innovación que introduce el artículo 331-2 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña consiste en la posibilidad de que la constitución fundacional provenga de la iniciativa de una persona jurídica pública, lo que representa una nueva iniciativa que viene a unirse al reconocimiento tradicional de la capacidad para fundar de las personas físicas y de las personas jurídicas privadas.

La consagración de la capacidad de fundar de las personas jurídico-públicas en el artículo 331-2 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, supone admitir la posibilidad de que concurren como fundadoras o cofundadoras de instituciones, situándonos ante un tipo de fundación de iniciativa pública que, si bien comparte con la fundación del sector público la naturaleza pública del fundador, difiere de ella en cuanto al régimen jurídico aplicable, que será el común respecto del resto de las instituciones fundacionales creadas a iniciativa particular. Habrá que diferenciar, por

---

<sup>63</sup>El legislador finalmente no asumió el precepto por el que el Gobierno debía presentar al Parlamento un proyecto regulador de las fundaciones públicas, tal y como se había previsto inicialmente en el Proyecto de Ley del Libro III que incorporaba una disposición final, la tercera, en la que se incluía este mandato de que en el plazo de seis meses posteriores a la entrada en vigor del libro tercero se elaborara una llamada *Ley reguladora de fundaciones públicas*. No obstante, la disposición desapareció del texto aprobado finalmente por el Parlamento, pese a haberse mantenido como recomendación en el informe de la ponencia (Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 225, Pág. 69), y haber sido objeto de enmienda por el Grupo Parlamentario Popular. (Dictamen de la Comisión Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 242, 10 de abril de 2008).



supuesto, en función del ámbito competencial a que se adscriban, estatal o autonómico, a fin de determinar con exactitud su régimen jurídico aplicable.

### **2.1.2 Principios de imparcialidad y no discriminación**

El artículo 331-1.3 del Código Civil de Cataluña incorpora como importante novedad, los criterios de imparcialidad y de no discriminación en la determinación de los beneficiarios de las actividades de la fundación. Los denominados legalmente como *criterios*, responden mejor a la idea de principios y vienen a significar la necesidad de neutralidad e imparcialidad por parte de la fundación en la búsqueda de sus finalidades, cuando Estas se apliquen a beneficiarios concretos, como la imposibilidad de excluir a los mismos por motivos relacionados con el principio de igualdad. De este modo, el momento de aplicación de estos principios será el de la determinación, mediante procedimientos internos, de los posibles beneficiarios concretos de los programas y actuaciones de las fundaciones. Pese a que la norma no obliga a dar publicidad sobre los procedimientos abre el camino para una mayor transparencia

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

La prohibición de las fundaciones particulares por falta de finalidades de interés general se redacta ahora de forma mucho más clara, al referirse, de la misma manera que la ley estatal (artículo 3.3 de la Ley 50/2006, de 26 de diciembre) a la prohibición de las fundaciones que se pretendan constituir con “*finalidad principal de destinar las prestaciones a los fundadores o patronos*” o al núcleo familiar inmediato de los mismos –cónyuge o pareja estable y parientes hasta el cuarto grado- así como a otras personas jurídicas singularizadas, cuando éstas no persigan fines de interés general (artículo 331-1.3 Código Civil de Cataluña).

La nueva legislación es mucho más contundente y enfatiza el alcance de la prohibición ya que en la legislación anterior, en el artículo 4 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, quedaba incluida bajo la necesidad de que “*sus actividades han de beneficiar a colectivos genéricos de personas*”. Y según la ley anterior a la mencionada, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas “*la finalidad fundacional debe ser lícita, servir al interés general y beneficiar a personas no individualmente determinadas*”.

## 2.2 Objeto y alcance del Libro III del Código Civil de Cataluña

El artículo 1 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña señalaba en cuanto a su alcance que *“la presente ley regula las fundaciones privadas que ejercen sus funciones principalmente en Cataluña”*. Por su parte, el artículo 311-1 que encabeza el capítulo I del Título I del Libro tercero del Código Civil de Cataluña y que inicia la regulación de las personas jurídicas, ofrece la misma fórmula y, por tanto, presenta el mismo problema que ya se planteó con la anterior normativa, concerniente en determinar cuándo se ha de entender que una fundación concreta ejerce *“sus funciones principalmente en Cataluña”*.

La solución debe buscarse, en el artículo 14 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, que dispone que las normas de la Generalitat tienen eficacia territorial, lo que en el ámbito fundacional se traduce en someter las fundaciones privadas al protectorado de la Generalitat de Cataluña, así como en la exigencia de que las actividades que realiza la fundación, de acuerdo con sus finalidades, sean promovidas o de hecho radiquen en el territorio de Cataluña<sup>64</sup>.

Todo ello significa que la normativa catalana no se aplica a aquellas fundaciones de “interés catalán” sino a las entidades que ejerzan sus actividades de gestión y administración en Cataluña. Tales actividades se traducen en actos que inciden en la organización de la entidad y en la posición jurídica de sus miembros, así como en los actos de recaudación y administración patrimonial, decisiones sobre aplicación de los recursos o sobre las actividades a desarrollar<sup>65</sup>.

Esta cuestión ya fue objeto de importantes enmiendas durante la tramitación parlamentaria de la Ley catalana, 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña. En el Texto propuesto, la ponencia redactó el artículo primero con dos apartados: el primero, concretaba la aplicación de esta ley a aquellas fundaciones privadas que ejerzan sus funciones principalmente en Cataluña, mientras que el segundo ofrecía una definición de lo que debía entenderse por fundación privada, considerándose como tal a aquella entidad sin ánimo de lucro, constituida por un fundador, bien

---

<sup>64</sup>Según interpretación de VILASECA I MARCET, Josep Maria; “Incidencia en el Derecho vigente de la regulación de las fundaciones en los Estatutos de Autonomía: transferencia de competencias”, en Temas de Fundaciones, núm. 4, Las fundaciones y los Estatutos de Autonomía, Madrid 1979, Págs. 50 y ss.

<sup>65</sup>Según interpreta FERRER I RIBA, Josep; “Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació”, en AA.VV., Les persones jurídiques en el Dret Civil de Catalunya, associacions i fundacions (Materials De les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa, Universitat de Girona, Tirant lo Blanc, Valencia 1998. Pág.129-177.

persona física o bien persona jurídica, mediante la afectación de bienes y derechos a la realización de finalidades de interés general.

Con referencia al artículo propuesto se presentaron dos enmiendas: La Enmienda Número 1<sup>66</sup>, presentada el Grupo Parlamentario Socialistas-Ciudadanos por el Cambio variaba el texto del enunciado, aunque dejaba intacto el significado; es decir, en lugar de detallar las fundaciones a las que era aplicable la ley, que son aquellas que ejercen sus funciones principalmente en Cataluña, remitía al artículo 9 apartado 24 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 que lo recogía en los mismos términos. Además, la enmienda añadía que tales fundaciones habían sido constituidas en el ejercicio del derecho de fundación que la Constitución española reconoce tanto a las personas físicas como jurídicas, y, señalaba, también, para definir y delimitar las características que deben reunir las fundaciones reguladas por esta ley, que deberán afectar un patrimonio a la realización, sin ánimo de lucro, de finalidades de interés general.

La Enmienda Número 2<sup>67</sup> presentada por el Grupo Parlamentario Popular, se componía de tres apartados. En el primero, detallaba el ámbito de aplicación de la ley en los mismos términos que el texto del proyecto; pero, además, añadía que, junto a la constitución de una fundación, se afectará un patrimonio inicial, que es lo que se conoce con el nombre de *dotación*, para conseguir una determinada actividad *sin ánimo de lucro*.

En el segundo apartado del artículo 1, referido al ámbito de aplicación de la ley, el Grupo Parlamentario Popular proponía añadir el interés de las fundaciones a las que sería de aplicación esta ley, refiriéndose a aquellas fundaciones privadas que pueden perseguir un *interés general o un interés familiar*

En el tercer apartado, se proponía una clara diferenciación y delimitación entre las fundaciones de interés general y las que persigan un interés familiar, comprometiendo a las primeras a afectar su patrimonio y realizar su actividad de acuerdo con aquel interés, mientras que las segundas se las obligaba a expresar necesariamente y con

---

<sup>66</sup>Enmienda número 1 al Proyecto de ley de fundaciones privadas, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, 15 de mayo de 2000.

<sup>67</sup>Enmienda número 2 al Proyecto de ley de fundaciones privadas, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, 15 de mayo de 2000.

claridad, bien en testamento o en heredamiento<sup>68</sup>, el fin que perseguían, así como quienes eran sus beneficiarios.

La ponencia sólo recomendó la primera enmienda e hizo caso omiso de la segunda.

## 2.3 Fines y beneficiarios

La necesidad de persecución de fines de interés general por parte de la fundación se establece ya en el artículo 34.1 de la Constitución. En el artículo 331-1 del Código Civil de Cataluña se vuelve a reproducir esta exigencia, que se vincula a la definición legal de fundación. La ley catalana, al igual que otras leyes autonómicas, no especifica cuáles son los fines que se consideran de interés general. La ley estatal por el contrario, mantiene y amplía la enumeración legal de fines de interés general.

Indudablemente, la principal virtud de la enumeración legal de los fines consiste en facilitar la función asignada al protectorado, relativa a la calificación de la idoneidad de los fines fundacionales. No obstante, este criterio plantea a la vez algunos inconvenientes, entre los que podemos destacar el modo en que el catálogo de finalidades de interés general varía en función del paso del tiempo, en la medida que también cambian los valores y las necesidades de una comunidad.

La ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en el ámbito estatal, no se limita a exigir que las fundaciones persigan fines de interés general o carezcan de ánimo de lucro, sino que además establece en su artículo 3, apartado segundo, que *“la finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas”*, referencia que no ha satisfecho en absoluto a la doctrina<sup>69</sup>. Prueba de ello es que la ley catalana omite esta referencia, a diferencia de otras leyes autonómicas, que ofrecen una variopinta muestra de fórmulas para tratar de indicar una idea similar.

En cuanto a los fines que puede perseguir una fundación, la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, dedicaba a esta cuestión el artículo 4, en el que señalaba que los fines de toda fundación deberían ser siempre de interés general así como que sus actividades se deberían comprometer a beneficiar a colectivos genéricos de personas.

---

<sup>68</sup> Pacto sucesorio de institución de heredero, instituido en el Libro IV del Código Civil de Cataluña que confiere a la persona o personas instituidas la cualidad de sucesores universales del causante con carácter irrevocable, sin perjuicio de los supuestos de resolución por mutuo acuerdo, revocación por indignidad o en los supuestos de heredamiento preventivo.

<sup>69</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo y SEUBA TORREBLANCA Juan Carlos; “Fundaciones de interés general y....” op.cit. Pág.1.

El Código Civil de Cataluña no dedica ninguno de sus artículos a regular con carácter expreso y exclusivo los fines que puede perseguir una fundación, sino que esta cuestión se regula cuando se define el concepto y los principios de la fundación: se establece a este respecto que las fundaciones deberán destinar los rendimientos o los recursos obtenidos al cumplimiento de finalidades de interés general.

A tenor del artículo 331-1 del Código Civil de Cataluña uno de los requisitos para constituir una fundación es la determinación del fin de la fundación. El fin por el que se crea una fundación deberá estar suficientemente concretado como causa del negocio. No obstante, es posible también que las fundaciones no persigan un único fin, sino que persigan varios fines, que a su vez pueden ser, simultáneos o disyuntivos.

Cuando los fines son simultáneos, deberán ser homogéneos y conciliables, con el objeto de evitar que la diversidad de fines pueda disgregar la unidad del ente. No obstante, la fundación siempre se caracterizará por su fin predominante, aunque en ocasiones no resulte fácil determinar cuál de los fines de la fundación puede considerarse como predominante. Por otra parte, cuando los fines de la fundación sean disyuntivos, si uno de ellos no se puede alcanzar por cualquier causa, la actividad se orienta hacia la consecución del fin sustitutivo. En todo caso, el fin que se asuma como núcleo de la fundación tiene que ser de utilidad general y dinámica, por lo que éste no puede ser interpretado como un designio aislado sino en el sentido de adecuación interrumpida a la vida social para cuyo beneficio se constituye.

En la constitución de una fundación se debe recoger, como mínimo, el contenido expresado en el artículo 331-4 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, salvo que la fundación se constituya *mortis causa*, en cuyo caso – y en aplicación del principio *pro fundación*- basta con que el fundador se limite a “*establecer su voluntad de crear una fundación y la designación de las personas físicas o jurídicas que deben ejecutarla*” (artículo 331-3.3). Ello no excluye que las personas señaladas en el mismo precepto otorguen escritura pública con posterioridad al fallecimiento del fundador<sup>70</sup>; es decir, que la fundación testamentaria se podrá constituir aunque el testador no hubiera concretado algo tan importante como los fines para los que se constituye la fundación, fines que serán precisados posteriormente por las personas mencionadas. Todo ello llama poderosamente la atención y de algún modo, dificulta, a nuestro

---

<sup>70</sup> Por eso, como ha señalado VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “(...) *la escritura pública de constitución es en todos los casos requisito formal para la creación de una fundación*”. En La Ley (Marzo 1998). Pág. 1456.

entender, que, con la normativa actual en la mano, la fundación pueda ser concebida como la personificación de un interés general.

Conviene observar de conformidad con este último precepto, como ni siquiera es preciso que el fundador haya determinado los fines fundacionales: serán su albacea testamentario o, en su defecto, los herederos testamentarios, o la persona designada por el protectorado, a falta de los anteriores, quienes otorguen la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por la Ley (artículo 331-4 Código Civil de Cataluña).

Los fines fundacionales se deben incluir en los estatutos (artículo 331-9 Código Civil de Cataluña); y los estatutos, a su vez, en la escritura de constitución (artículo 331-4 Código Civil de Cataluña). A nuestro entender, el legislador podía haber incluido los fines fundacionales como elemento esencial de la escritura de constitución, lo que habría sido más lógico, si consideramos que la determinación de los fines de interés general es algo intrínseco al concepto de fundación, según reconoce el propio artículo 331-1, apartado primero del Código Civil de Cataluña. También intrínsecas son la voluntad de constituir una fundación y la dotación. Con todo, mientras que estos últimos elementos se integran en la escritura de constitución, la determinación de los fines se desplaza al artículo 331-9, como contenido de los estatutos. De esta manera se permite que el patronato- al que el propio Código Civil de Cataluña legitima para modificar los estatutos de la fundación “*si conviene al interés de la fundación*” (artículo 335-1 apartado primero)- altere con relativa facilidad la determinación de los fines que inicialmente hubieran sido fijados por el fundador. Ello en nuestra opinión, vulnera, naturalmente, la regla de respeto de la voluntad del fundador pero es apoyado por el legislador con el fin de fomentar una adaptación relativamente sencilla de las fundaciones a las nuevas circunstancias sociales.

### 3 La constitución de la fundación (I): Capacidad

#### 3.1 Consideraciones generales

La constitución de cualquier fundación implica dos etapas claramente diferenciadas: una primera en la que se constituye el sustrato jurídico de la fundación; y otra, en la que el ordenamiento jurídico la reviste de personalidad jurídica. Ambos períodos no son, necesariamente, dos momentos temporales que se sucedan cronológicamente. Esto dependerá, en todo caso, del sistema concreto que se siga en cada ordenamiento jurídico para el otorgamiento del reconocimiento de la personalidad jurídica.

La primera manifestación de la voluntad del fundador la encontramos en el acto de constitución de la fundación. Para la validez del negocio jurídico, el fundador deberá manifestar su voluntad de constituir. El acto de liberalidad del fundador explica, en buena medida, que aquél pueda hacer valer su voluntad sobre unos bienes y derechos que le han dejado de pertenecer: esto es en atención al carácter gratuito del negocio jurídico fundacional.

Como bien se expresó en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 23 de junio de 1964:

*“(…) la fundación en el campo estrictamente privado, es promovida por la voluntad individual del fundador, el instituyente declara querer que cierto instinto u obra surja con carácter de autonomía, precisa el fin y la individualidad y asigna normalmente el patrimonio necesario para su funcionamiento, acto al que se denomina negocio de fundación que puede tener lugar por actos entre vivos o mortis causa, en cuyo caso no solo es declarada en el testamento la voluntad de instituir una obra, sino llamada heredera o legataria del patrimonio del testador la obra misma, con el fin que tenga una dotación”.*

Así pues, es el fundador el que toma la decisión de fundar y la pone en práctica dotando con bienes a la persona jurídica que desea crear para intentar alcanzar un fin de interés general. En la mayor parte de los casos, además, es él quien establece la organización que será el motor de la institución fundada, quien elabora las reglas a las que ha de acomodarse la actividad fundacional para conseguir los fines, quien nombra al órgano de gobierno de la fundación y determina sus reglas de funcionamiento. En definitiva, el fundador es quien regula - o *debería regular*- todos y cada uno de los aspectos de la fundación como entidad de Derecho privado.

La actuación del fundador es capital en el momento de la constitución de la fundación, no sólo porque si él no decide crear la fundación ésta no llegará a existir nunca, o porque si no decide firmemente desprenderse de parte de sus bienes y derechos a título gratuito, tampoco podrá nacer la fundación; sino porque es el fundador quien la configura, quien puede modelarla de acuerdo con sus deseos y guiarla desde el principio en el camino de la solidaridad que él hubiera dispuesto.

### 3.2 Capacidad para constituir fundaciones

El artículo 331-2 del Código Civil de Cataluña regula la capacidad para constituir fundaciones privadas. Este precepto incorpora algunas novedades de relevante consideración, especialmente nos interesa el apartado primero, donde se establece que podrán crear una fundación tanto las personas físicas como las jurídicas, sean públicas o privadas.

Es importante destacar, que en este artículo ya no se utiliza el término de “*personas naturales*” sino el de “*personas físicas*”, como ya utilizaba la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña. Es conveniente recordar al respecto, las numerosas enmiendas que se plantearon en el debate parlamentario de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, ya que tanto en el anteproyecto como en el proyecto de ley se utilizaba el término “*personas naturales*”.

En el debate parlamentario de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda respecto de este apartado, en la que proponía cambiar el término de *personas físicas* por el de *personas naturales*. Respecto de las personas jurídicas, entendió que se utilizara el término *personas jurídicas privadas*. De este modo, el Grupo Parlamentario Popular planteaba que sólo se permitiera constituir fundaciones a las personas naturales y a las personas jurídicas privadas<sup>71</sup>.

El Grupo Parlamentario de Iniciativa por Cataluña-Verdes presentó otra enmienda por la que solicitaba que al regularse quién podía constituir fundaciones se especificara expresamente que se trataba de “*la capacidad para constituir fundaciones privadas*”<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup>Enmienda Núm. 3, de modificación, presentada por el Grupo Popular al Proyecto de ley de fundaciones privadas, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, el 15 de mayo del 2000.

<sup>72</sup>Enmienda Núm.4, de adición, presentada por el Grupo Iniciativa por Cataluña-verdes. al Proyecto de ley de fundaciones privadas, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, el 15 de mayo del 2000.



El tema de la constitución de fundaciones por parte de las personas jurídicas no ofrece lugar a duda, puesto que, en ambas leyes se contempla que podrán crear fundaciones tanto las personas jurídicas públicas como las privadas.

El apartado segundo del artículo 331-2 del Código Civil de Cataluña en su versión original establecía las condiciones que debían cumplir las fundaciones para ser consideradas como fundaciones públicas. Este apartado ha sido suprimido por la Ley 7/2012, de 15 de junio que modifica el artículo 331-2 y mantiene el resto de apartados de la versión original salvo el apartado segundo.

El actual apartado segundo del artículo 331-2 regula la capacidad de las personas físicas para constituir fundaciones y, al respecto establece que las personas físicas podrán crear una fundación por negocio jurídico *inter vivos*, para lo que se requiere plena capacidad de obrar; o por causa de muerte, para lo que se requiere, capacidad de testar. Es muy interesante la distinción que el Código establece porque es evidente la diferente capacidad requerida para celebrar negocios *inter vivos* y *mortis causa*. Hay individuos que tienen restringida la capacidad de obrar, pero la sentencia de incapacidad no contiene pronunciamiento alguno acerca de la capacidad gestatoria, sin olvidar a los menores -mayores de catorce años- carecen de plena capacidad de obrar, pero pueden otorgar testamento notarial abierto o cerrado.

No obstante, tanto en un caso como en otro se requiere la capacidad por parte de las personas físicas constituyentes para disponer gratuitamente de los bienes y derechos que integran la dotación.

VILLAGRASA ALCAIDE, considera que con el cambio de planteamiento jurídicos, especialmente tras las reformas del Código Civil de los años 1891 y 1987 y a través de la promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y con la a menudo improvisada de la legislación autonómica sobre esta materia, según cita textualmente, *la infancia cobra un protagonismo esencial y también experimenta una nueva consideración como destinataria de las normas*<sup>73</sup>

El apartado tercero regula la capacidad de las personas jurídicas para constituir fundaciones y establece como requisito, que las normas por las que éstas se rigen, no lo prohíban, así como que el acuerdo en el que ha de constar la finalidad de interés general que se pretende conseguir, sea adoptado por un órgano de gobierno con facultad suficiente a estos efectos: el patronato.

---

<sup>73</sup> VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos; "Los derechos de la infancia y de la adolescencia. La participación social de la infancia y de la adolescencia, por su incorporación en la ciudadanía activa". Enrahonar 40/41, 2008. Págs. 141-152.

Finalmente el apartado cuarto se refiere al fundador y establece que deberá tener la libre disposición de los bienes que aporte a la fundación.

### **3.2.1 Fundaciones constituidas por personas físicas**

Las personas físicas pueden constituir fundaciones por actos *inter vivos* o *mortis causa*, de conformidad con el apartado tercero del artículo 331-2, que distingue entre la “*capacidad general de obrar*” y una capacidad especial para disponer gratuitamente *inter vivos* o *mortis causa* de los bienes y derechos en que consista la dotación.

Puede considerarse dudosa la conveniencia de regular en una ley de fundaciones aspectos relativos a la personalidad jurídica, como es el de la capacidad, que parecen, en principio, tener su sede en otras partes del Derecho<sup>74</sup>.

La alusión del precepto a capacidades específicas de Derecho privado resulta una verdadera innovación puesto que la característica en él es la unidad de la capacidad de obrar frente a la dispersión de capacidades propias del Derecho público – por ejemplo, la capacidad para ser funcionario o para ser contratista-.

En realidad, la alusión a la capacidad especial para dotar a una fundación es una remisión en bloque a los preceptos del Derecho civil catalán y, subsidiariamente, a los del Código Civil estatal que puedan resultar aplicables.

En este sentido, si la fundación se constituye en testamento, regirá la capacidad precisa para otorgarlo: o sea, la mayoría de edad, si el testamento es ológrafo; si se trata de testamento notarial, no podrán constituir fundaciones los menores de 14 años y los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio.

Así resulta que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña contiene restricciones en lo que se refiere a la capacidad para fundar de las personas físicas. De este modo ocurre en el caso de los mayores de catorce años y menores de dieciocho, a quienes, aunque puedan otorgar testamento ante notario, les está vetado constituir en él una fundación. Ello, según nuestro parecer, no se justifica fácilmente, puesto que si un mayor de catorce años puede testar libremente instituyendo heredero o legatario a quien mejor le parezca, ¿por qué motivo no se le permite ordenar en el mismo testamento la constitución de una fundación? Como destaca VILLAGRASA ALCAIDE<sup>75</sup>, “(...) en este concepto elástico de la capacidad de obrar, paulatinamente ampliada y ejercida por las personas menores hasta su mayoría de edad, en la que se

---

<sup>74</sup> Así lo entiende DE PRADA GONZALEZ, José María; en “Las Fundaciones”, *Actualidad Civil*, número 19, mayo 1987. Pág. 244.

<sup>75</sup> VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. *Ibídem*.

*produce – de forma inopinada y con un cierto vértigo.- la adquisición de la plena capacidad de obrar y la extinción de la representación legal o de la potestad de los progenitores, aparecen nuevas situaciones polémicas a las que no se ha dado aún respuesta definitiva”*

Como reverso de la moneda, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña admite, por primera vez en nuestro ordenamiento, que los entes públicos puedan constituir fundaciones privadas sometidas a las reglas del Derecho privado.

Además, aún en el supuesto en que la dotación se haga con bienes privativos, hay que tener en cuenta lo dispuesto en materia de cómputos a efectos de fijación de legítimas y que, al ser un acto gratuito, le será de aplicación lo dispuesto en materia de revocación en el supuesto de supervivencia o superveniencia de hijos o incumplimiento de cargas.

Respecto de las personas casadas habrá que tener en cuenta que, si se realiza la dotación con bienes gananciales, se precisa el consentimiento del otro cónyuge: el acto es siendo nulo el acto si falta tal consentimiento.

Por tanto, al realizar la dotación, conviene precisar si interviene una persona casada y lo hace con bienes privativos o gananciales; y, si son gananciales, conviene, también, asegurarse que concurre el consentimiento del otro cónyuge, ya que, de otra forma, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1378 del Código Civil estatal, el acto será nulo, salvo que la escasa cuantía de la aportación y su comparación con los bienes que pertenecen al matrimonio pueda considerarse una liberalidad de uso.

Sería posible también que, aún aportándose bienes gananciales, por acuerdo de ambos cónyuges, solo uno sólo de ellos realice la dotación, en cuyo caso surgirá un crédito a favor de la sociedad de gananciales, que habrá que tener en cuenta al liquidar el régimen económico matrimonial.

En primer lugar, y siguiendo con el análisis del precepto, es conveniente distinguir la capacidad jurídica de la capacidad de obrar. La doctrina, tradicionalmente, suele identificar la capacidad jurídica con la personalidad o bien, considerarla como un atributo o cualidad esencial de la misma<sup>76</sup>.

La capacidad de obrar, por lo demás, puede definirse como la aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos o, en otros términos, para adquirir y ejercer derechos así

---

<sup>76</sup>SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Derecho civil español, común y foral. Parte General*. Madrid 1926. Págs.159-276; DE CASTRO y BRAVO Federico; *Derecho civil de España*. Vol. II. Editorial Civitas 2008, Págs.149-367.

como asumir obligaciones. En Derecho hay sujetos que, estando privados de capacidad para obrar por sí mismos, sin embargo, pueden actuar a través de sus representantes legales. Esto ocurre en el caso de menores e incapacitados, a través de sus progenitores o tutores.

La exigencia de una capacidad general de obrar plantea el problema de si los sujetos que carecen de ella están excluidos de la capacidad para constituir fundaciones, o bien si podrán hacerlo a través de sus representantes legales.

En la constitución de fundaciones por actos *inter vivos* la capacidad especial para disponer gratuitamente debe apreciarse en función de la exigida para contratar y en especial para hacer donaciones. No obstante, es preciso entender que el mantenimiento de la estabilidad de una fundación, como institución que realiza fines de interés general prioritarios sobre los puramente particulares conlleva la imposibilidad de aplicar la normativa de revocación de las donaciones en cualquiera de sus vertientes de superveniencia o supervivencia de hijos, incumplimiento de cargas o ingratitud<sup>77</sup>.

En cuanto a la capacidad de los menores de edad para poder constituir fundaciones, la doctrina ha considerado tal cuestión como dudosa, así como en el caso de los incapacitados.<sup>78</sup> La regulación del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, en el caso de los menores de edad representados por sus progenitores y en el caso de estar representados por un tutor (artículos 222-55 y 222-58), no prevé la posibilidad de realizar actos de liberalidad, ni tan siquiera con autorización judicial.

Los términos de estos preceptos al referirse a enajenación o gravamen pueden hacer pensar en las enajenaciones a título gratuito; pero la doctrina suele restringir la autorización a los actos a título oneroso y no se plantea la posibilidad siquiera de que los representantes de los menores de edad puedan realizar enajenaciones a título gratuito aún disponiendo de autorización judicial<sup>79</sup>.

Al respecto de las disposiciones *mortis causa*, tal y como ya hemos hecho alusión, cuando la fundación se constituya en testamento habrá que tener en cuenta la capacidad precisa para otorgarlo, o sea, mayoría de edad si el testamento es ológrafo

---

<sup>77</sup>Vid, por ejemplo, CAFFARENA, Jorge; "Comentarios a los artículos 6, 7, 8, 9 y 11 de la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales", en DE LORENZO, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, 1995. Editorial Marcial-Pons.

<sup>78</sup>Siguiendo a DEL CAMPO ARBULO, José Antonio; *Ley de Fundaciones, Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general*. Fundación MAPFRE-Centro de Fundaciones, Madrid 1996.

<sup>79</sup>Siguiendo a CAFFARENA, Jorge; "Comentarios a los artículos....." op. cit.

o, si se trata de testamento notarial, abierto o cerrado, no podrán otorgarlo los menores de catorce años y los que habitual o accidentalmente no se hallen en su sano juicio.

En la actualidad, la doctrina ampliamente mayoritaria sostiene que la dotación, no es una donación, sino un acto unilateral en el que no hay aceptante<sup>80</sup>.

Este carácter unilateral se mantiene incluso cuando concurren en la constitución de la fundación varias personas, en cuyo supuesto existirá, en el acto de la concurrencia de una pluralidad de actos unilaterales o, tal vez, a nuestro criterio, más propiamente, un acto unilateral complejo en el que concurren varias personas y declaraciones de voluntad.

La dotación es un acto de disposición patrimonial, a título gratuito, que incluye forzosamente un acto de liberalidad y un negocio de organización. En algunas fundaciones adquiere más importancia el aspecto dispositivo de la constitución de la fundación, mientras que en otras fundaciones la organización resultante tiene un carácter más relevante. No obstante, siempre deberán darse estos dos aspectos (dispositivo y organizativo).

### **3.2.2 Fundaciones constituidas por personas jurídicas privadas**

El apartado cuarto del artículo 331-2 del Código Civil de Cataluña exige, respecto de las personas jurídicas *“que las normas por las que se rigen no lo prohíban y que el acuerdo sea adoptado por el órgano de gobierno con facultad suficiente o el que sea competente según la normativa aplicable”*. Además establece que en tal acuerdo deberá constar necesariamente la finalidad de interés general perseguida.

#### **3.2.1 Asociaciones**

Para saber si una asociación concreta puede constituir fundaciones hay que examinar los estatutos por los que se rija. Estos pueden establecer expresamente esta posibilidad, no hacer referencia alguna a la misma o, por último, prohibir que la asociación pueda constituir una fundación. En este último supuesto no cabe tal constitución, a no ser que, previamente, se modifiquen los Estatutos.

No parece existir duda acerca de que una asociación pueda constituir fundaciones siempre y cuando sus estatutos no se opongan a ello y la fundación que se cree

---

<sup>80</sup>Entre ellos, VILASECA i MARCET, Josep María; “Entorn de la Legislació catalana sobre fundacions privades”, en Revista Jurídica Catalunya, 1983. Págs. 7-35; LOPEZ JACOISTE, José Javier; “La Fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, en Revista de Derecho Privado, tomo XLIX, julio-agosto, 1965. Págs. 567 a 609.

persiga la misma finalidad que la asociación matriz. Lo único que será preciso es que la decisión de construir la fundación sea adoptada por su asamblea de socios es decir, de forma plenaria.

El caso más frecuente será que los estatutos no se pronuncien sobre este extremo. Habrá que examinar, entonces, en cada supuesto, la fundación que se pretenda constituir. Si la fundación tiene por finalidad asumir la total actividad realizada a la sazón por la asociación, sustituyendo a ésta por aquélla, deberá cumplir las normas señaladas en los estatutos o, en defecto de estos, en la ley para la disolución de la asociación o, al menos, en la ley para la modificación de los estatutos ya que, aun conservando la personalidad jurídica, la asociación en la práctica, quedará inactiva, al traspasar a la fundación la totalidad de su actuación.

Normalmente, el acuerdo lo adoptará por la junta general, con el quórum reforzado exigido en su caso. No obstante, si los estatutos hubiesen dispuesto que el acuerdo debe ser adoptado por un órgano distinto de la junta general o asamblea de socios, sería el órgano designado el que tendría facultades para ello.

### **3.2.2.2 Fundaciones**

La posibilidad de que las fundaciones funden otras fundaciones prevista de un modo inequívoco por la Ley catalana 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña, ya había sido reconocida por el Tribunal Supremo<sup>81</sup>.

*“(...) el desarrollo del objeto de la fundación podrá efectuarse mediante la creación de otras fundaciones, asociaciones o cooperativas, sociedades y otras entidades jurídicas de cualquier naturaleza que las leyes permitan, y participando en el desarrollo de las actividades de otras fundaciones, asociaciones, sociedades y otras personas jurídicas o físicas que, de algún modo puedan servir a los fines perseguidos”.*

Sin embargo, la constitución de una fundación por otra, lleva consigo un acto de disposición a título gratuito, por lo que debe atenderse a lo dispuesto en los estatutos de la anterior, y el caso más frecuente será que éstos no prevean este asunto.

La cuestión es más compleja porque la constitución de una fundación implica un acto de disposición a título gratuito, lo que no parece entrar en el esquema de la fundación. Si por esta vía los gestores tratan de sustituir la fundación por otra distinta, en sus actividades, parece que se excederían de sus atribuciones ordinarias y, al menos,

---

<sup>81</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 1987.

deberían tomar los acuerdos con el *quórum* necesario para modificar los estatutos o extinguir la fundación. Una parte importante de la doctrina admite, sin embargo, esta posibilidad, aunque en el fondo pueda parecer anómala<sup>82</sup>.

En nuestra opinión, los escrúpulos técnicos a los que hacemos referencia son perfectamente superables. Normalmente, la fundación que crea otra fundación tendrá fines semejantes a los de ésta, y tal creación obedecerá a razones de una mejor operativa o de especialización; pero ni siquiera esto resulta imprescindible, pues la fundación matriz puede tener como objeto constituir fundaciones de cualquier clase.

El apartado tercero del artículo 332-1 del Código Civil de Cataluña señala entre las facultades que el patronato no puede delegar, “la constitución o la dotación de otra persona jurídica”.

### **3.2.3 Fundaciones constituidas por personas jurídicas públicas**

En un primer momento, la doctrina se encontraba dividida en cuanto a la admisión o no de la posibilidad de constituir fundaciones por parte de las personas jurídicas públicas, aunque la opinión doctrinal mayoritaria era contraria a esta posibilidad.

Algunos autores sostenían que el derecho de fundar era un fenómeno propio de la autonomía de la voluntad, no ejercitable por los poderes públicos. Esta opinión se consiguió llevar a la primera Ley catalana de fundaciones privadas<sup>83</sup>. Otros, por su parte, incluyen entre uno de los ejemplos que materializan intervenciones administrativas excesivas que reducen correlativamente la autonomía de las fundaciones, la posibilidad de que personas jurídicas de carácter público puedan constituir fundaciones privadas con la apropiación de una institución jurídica típica de la sociedad civil y alimentada con recursos financieros privados y no con recursos públicos<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup>Entre ellos, VILASECA y MARCET, Josep Maria “Una Ley de Fundaciones Privadas”. Revista Jurídica de Cataluña 1997. Págs. 565-601.

<sup>83</sup>VILASECA i MARCET, Josep María. *Ibidem*. CAFFARENA LAPORTA, Jorge; también ha afirmado que el artículo 34 de la Constitución *se encuentra dentro del capítulo referente a los derechos y libertades y aquella posibilidad (la creación de una fundación por la Administración) no se corresponde con la finalidad de las fundaciones, que es la de ser instrumento fundamental de participación de los particulares en la realización de actividades de interés general*”, en C.J.; *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, AA. VV Marcial Pons, 1995. Pág. 39.

<sup>84</sup>PIÑAR MAÑAS, José Luis; “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 97, 1998. Pág. 55.

La misma postura, más explícitamente formulada, es la de otros autores que consideran que la posibilidad, de que las personas jurídicas públicas creen fundaciones no se contempla en la Constitución<sup>85</sup>.

El artículo 34 de la Constitución se encuentra dentro del capítulo referente a los derechos y libertades lo que no se corresponde con la finalidad de las fundaciones: ser un instrumento fundamental de participación de los particulares en la realización de actividades de interés general. Por ello, en cierto sentido, se puede decir que admitir que las personas jurídicas públicas puedan constituir fundaciones "*supone una cierta desnaturalización de la figura fundacional*" y, además, "*existe peligro de que por esta vía se eluda la aplicación de una serie de reglas que constituyen el estatuto jurídico de la persona jurídica pública fundadora*"<sup>86</sup>.

Por otra parte, no faltaba la opinión favorable a tal admisión, mantenida por destacados autores, al considerar que el Estado puede crear por ley, fundaciones, total o parcialmente sometidas al Derecho privado<sup>87</sup>; opinión que ha prevalecido y que ya recogió anteriormente la ley catalana 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña. Una parte importante de la doctrina, siempre sostuvo, que los entes públicos no sólo actúan con arreglo al Derecho administrativo, sino que lo hacen también con arreglo a las técnicas de Derecho privado, por lo que la fórmula resultaba operativa para la Administración Pública. Por ello, eran partidarios de que una futura ley previese expresamente que la técnica organizativa fundacional fuera utilizada por el sector público<sup>88</sup>.

El Código Civil de Cataluña concilia ambas posturas y completa la posibilidad de que las personas jurídicas públicas puedan constituir fundaciones, con el requisito de que únicamente puedan hacerlo conjuntamente con personas privadas y de conformidad con su normativa. A tenor del artículo 331-2.1 del Código Civil de Cataluña, la norma parece que literalmente pretenda impedir la constitución por parte de las Administraciones de fundaciones públicas sin ningún tipo de participación de personas

---

<sup>85</sup>YUSTE GRIJALBO José Luís; "Autonomía de las fundaciones e intervención pública del Protectorado", Conferencia promulgada el 25 de mayo de 1995, en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación dentro del Ciclo de Conferencias sobre fundaciones organizado por esta Real Academia con la colaboración de la Fundación Ramón Areces, publicadas por esta Institución, Madrid 1996. Págs. 201-222.

<sup>86</sup>Siguiendo a DEL CAMPO ARBULO, José Antonio; "El artículo 34 de la Constitución y su desarrollo", en *Fundaciones y Mecenazgo en el Estado del Bienestar*, VV.AA, Centro de Fundaciones, Madrid, 1988, Págs. 175-186.

<sup>87</sup>CAFFARENA LAPORTA, Jorge; "*Comentarios a la Ley de Fundaciones...*", vol. I, op.cit. Pág. 50.

<sup>88</sup>LACRUZ BERDEJO José Luís; "Aportación para una futura Ley de Fundaciones", en *Hacia un nuevo estatuto de las fundaciones en España*, Temas de Fundaciones número 2, Centro de Fundaciones, Madrid, 1979. Págs. 105-136.



privadas, lo que, por supuesto, no parece estar dentro del ámbito del mismo Código ni dentro de la política legislativa sobre la materia.

La interpretación razonable parece indicar que la referencia debe entenderse en el sentido de que debe ser el régimen jurídico de la persona jurídica pública fundadora el que le permita la constitución de fundaciones mixtas.

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en el ámbito estatal, no exige para constituir fundaciones que las personas jurídicas públicas puedan hacerlo sólo conjuntamente con las personas privadas, sino que exclusivamente requiere que sus normas reguladoras no lo prohíban. Esta novedad fue introducida por la actual normativa estatal, ya que la anterior ley omitía dicha mención. El artículo 6 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General admitía como regla general la capacidad de las personas jurídicas públicas para constituir fundaciones, la disposición podía calificarse como anómala, puesto que tanto el Estado como las demás personas jurídicas públicas tenían la capacidad regulada por sus propias leyes.

### ***3.2.3.1 La distorsión de la ecuación entre forma de personificación y régimen jurídico aplicable***

La libertad de la elección de las formas de organización de la actividad administrativa ha provocado un amplio debate sobre la doctrina administrativa. Este debate se ha visto últimamente intensificado por la privatización formal alcanzada a partir del sometimiento de los entes públicos a las formas privadas. La técnica de la personificación ha sido el instrumento del que se ha servido la Administración Pública para eludir en buena parte la aplicación del Derecho administrativo. El origen de este fenómeno, que se conoce como “huida” del Derecho administrativo al Derecho privado en la disociación entre la forma de las organizaciones y el régimen regulador de su funcionamiento y actividad.

Una parte importante de la doctrina española<sup>89</sup> reconoce la libertad del poder público para la elección de la forma organizativa y, en consecuencia, admite la forma privada en el desarrollo de la actividad administrativa, basándose en que toda organización de Derecho privado se considera instrumental y remitida en su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública. Para estos autores, la utilización sistemática del Derecho privado por la Administración Pública no supone una liberación de la sumisión a la legalidad del Derecho público, pues tal como ha

---

<sup>89</sup>Representada por DEL CAMPO ARBULLO, José Antonio; “El artículo 34 de la Constitución y su desarrollo” en *Fundaciones y Mecenazgo*.....op. cit. Pág. 175-186.

destacado la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1994, de 24 de febrero, “*la eventual utilización de las técnicas ofrecidas por el Derecho privado es un arbitrio puramente instrumental, como medio práctico de ampliar su acción social y económica*”. Para los partidarios de esta tesis<sup>90</sup>, a la hora de organizar sus servicios, se ofrece al legislador o a la Administración Pública una alternativa que, en principio, puede resolver libremente, optando por utilizar medios y formas públicas o formas y técnicas privadas.

No obstante, el análisis efectuado al respecto del artículo 34 de la Constitución deja traslucir, a nuestro modo de ver, una verdad incontestable: el constituyente cuando redactó, debatió y, finalmente, aprobó el citado precepto, no estaba pensando precisamente en la Administración Pública como titular del derecho de fundación. Resulta difícil entender, desde una imagen socio-jurídica de la Administración Pública, el concepto de fundación, como “*persona que puede disponer libremente de su patrimonio*” e incluso vincularlo de manera permanente a un fin general elegido por “*la voluntad del fundador*” creando a tal efecto una persona jurídica para asegurar los fines deseados.

Desde la premisa básica de nuestra investigación: la relevancia de la autonomía de la voluntad del fundador en relación con el derecho de fundación, que es desde la que pretendemos analizar esta cuestión, consideramos, que ninguna de estas afirmaciones encaja pacíficamente con la idea de Administración Pública, porque en ella no rige exactamente el principio de la autonomía de la voluntad -y menos aún, el voluntarismo o decisionismo ni, por supuesto la arbitrariedad- sino que rigen, por el contrario, la legalidad, el servicio, la igualdad, la eficacia o la objetividad.

Que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña reconozca la capacidad a las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones privadas es de por sí y, a nuestro entender, una desafortunada elección legislativa no obstante, matizada por la circunstancia que sólo pueden hacerlo conjuntamente con las privadas, de acuerdo con su normativa. Parece que el legislador, consciente de este desacierto, haya querido suavizar tal desagravio.

El Libro tercero nace para desarrollar el derecho de fundación reconocido en el artículo 34 de la Constitución, “*en cuanto a instrumento de participación de los particulares en*

---

<sup>90</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Editorial. Civitas, Madrid, 2000. 10ª edición. Pág.421 y ss.

*la realización de actividades de interés general*” por lo que”, como apuntan entre otros, GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ:<sup>91</sup>

*“(…) no debe ser el lugar para desarrollar la potestad organizadora de la Administración Pública y la utilización instrumental de las formas jurídico-privadas”*

De modo que, entendida en sentido estricto, la garantía constitucional que se desprende del artículo 34 de la Constitución, añaden:

*“pudiera concluirse que si un primer y más esencial quebranto consiste en la creación de fundaciones por las Administraciones públicas, ya que de acuerdo con su tradición y por la ubicación que su regulación tiene la Constitución, las fundaciones son establecimientos de base y fundador privado”.*

En términos similares se pronuncian también otros autores<sup>92</sup> señalando a este respecto que el artículo 34 de la Constitución garantiza únicamente las manifestaciones de la beneficencia o el altruismo; y teniendo en cuenta que, cuando la Administración Pública se acoge a la figura fundacional, lo hace para organizar sus servicios sin contenido benéfico alguno puesto que *“no se dan los presupuestos de aplicación del artículo 34 de la Constitución”*.

No es casual por tal razón que, cuando algunas comunidades autónomas regulan las fundaciones creadas por la Administración Pública, lo hagan en una norma distinta a la ley de fundaciones, otorgando así el perfil normativo que requiere esta normativa.

En definitiva, el derecho de fundación de los particulares y el derecho de fundación de la Administración Pública son materias totalmente distintas desde su origen y su naturaleza, de raíz constitucional diversa y de finalidad divergente. El único punto de unión entre ambas materias se reduce a una cuestión de técnica legislativa brindada de manera inapropiada por el legislador ordinario a la Administración Pública en una ley de corte civilista.

---

<sup>91</sup>GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Ibídem*.

<sup>92</sup>Según MUÑOZ MACHADO, Santiago; “El tercer sector entre el Estado y el mercado”, en *Actas del XIII Congreso ítalo-español de profesores de derecho administrativo*, Cedecs, Barcelona, Pág. 169-240.

### **3.2.3.2 El reconocimiento de capacidad para constituir fundaciones**

En un segundo orden de cuestiones, llama la atención el contenido del propio artículo 331-2 del Código Civil de Cataluña por cuanto que reconoce a las personas jurídico-públicas “*capacidad para constituir fundaciones*”. En concreto, lo que cabe preguntarse de la lectura de este precepto es el significado jurídico que ha de darse a este reconocimiento de capacidad puesto que enuncia que cualquier Administración Pública, de cualquier nivel territorial, queda expresamente habilitada para crear fundaciones privadas en cualquier sector y sin más límites que los establecidos en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña.

Si contextualizamos este precepto debemos convenir que la capacidad que se configura en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña lo es conforme al espíritu privatista que lo inspira, por lo que sólo cabe entenderla como el reconocimiento de la idoneidad para ser sujeto de relaciones jurídicas (capacidad jurídica) y estar en condiciones para el ejercicio de una libertad individual sometida al principio de vinculación negativa de la norma, como es el derecho de fundación.

En nuestra opinión, el artículo 331-2 del Código Civil de Cataluña, parte de una noción de capacidad aplicada a los sujetos privados y caracterizada por la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, recogida en el artículo 10.1 de la Constitución. La transposición de este concepto a la Administración Pública tropieza con serios escollos por diferentes razones<sup>93</sup>:

- a) La Administración Pública nunca puede gozar de capacidad jurídica privada ya que nunca podrá equipararse a un sujeto privado porque “*carece, como regla general, de la aludida titularidad de derechos fundamentales y libertades públicas, es decir no goza de la dignidad y libertad que se expresa en la personalidad a que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución*”<sup>94</sup>.
- b) El ámbito de libertad de la Administración Pública tampoco puede equipararse a la autonomía privada. La esencia del poder público-administrativo radica en la naturaleza de los fines a los que sirve, abrigados siempre bajo el paraguas del interés general y la legalidad, lo que le impide actuar como un particular

---

<sup>93</sup>Siguiendo a GARCÍA ANDRADE GÓMEZ, Jorge; “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española”. Revista Administración Pública, nº 155, Madrid 2001. Pág. 107-155.

<sup>94</sup>Nuestra posición en relación a este asunto se sustenta de acuerdo con la misma tesis que PAREJO ALFONSO, Luciano *Eficacia y Administración*. Tres Estudios. INAP-BOE, Madrid, 1995. Pág. 67.

más en el tráfico jurídico y condiciona el contenido y el ejercicio de esa capacidad jurídica.

Lo realmente trascendente para las personas jurídico-públicas no es tanto ostentar capacidad jurídica como gozar de las condiciones necesarias para articular tal capacidad. Será misión de la ley materializar esa “medida de la capacidad”, articularla y concretarla en unos ámbitos y potestades específicos. De hecho, cuando el artículo 331-2 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña reconoce capacidad a los sujetos públicos para constituir fundaciones lo hace de un modo condicionado, ya que, en primer lugar, podrán constituir fundaciones siempre que lo hagan con personas privadas y en segundo lugar, siempre que lo hagan de tal manera que la fundación despliegue sus efectos jurídicos en la medida que así lo permitan las leyes, esto es, *“salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”*. De ello se deduce también, la fuerza creadora de la norma administrativa y, el poder configurador que tiene de esa inicial capacidad.

Finalmente, como defienden voces destacadas en la materia, la efectividad de la capacidad jurídica de la Administración siempre ha de ser el resultado de una decisión normativa integrada en el Derecho público, indisponible por la propia Administración Pública o por el Gobierno de la que dependa, que en ningún caso conlleve *“una potestad-competencia para su auto- redefinición y, consecuentemente, ampliación”*<sup>95</sup>.

En este sentido, las Administraciones Públicas requieren de una norma habilitante que les permita específicamente articular esa declaración general de capacidad para constituir fundaciones, esto es, para transferir a las fundaciones así creadas sus propias competencias o su ejercicio, de igual modo que la atribución de potestades concretas<sup>96</sup>.

La declaración de capacidad expresada en el artículo 331-2 del Código Civil de Cataluña a favor de los sujetos públicos requiere siempre de una norma administrativa que concrete y module esa capacidad genérica: una norma que en suma, determine su régimen jurídico. Y tal regla se aplica aunque el sujeto de referencia sea de Derecho privado, pues tal preferencia no enerva la preferente aplicación del Derecho público.

---

<sup>95</sup> Según MORILLO GONZÁLEZ, Fernando; *El proceso de constitución de una fundación*. (1999). Editorial Aranzadi. Pamplona. Pág. 91-98.

<sup>96</sup> Siguiendo a MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luís (2000) “Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad” en *Actas del XIII Congreso ítalo-español de profesores de Derecho Administrativo*, Cedecs. Barcelona. Págs. 169-240.

El reconocimiento de la capacidad para constituir fundaciones, no puede ensancharse hasta el punto de entender que esa declaración lleva implícita el poder de definir los parámetros del ejercicio de esta capacidad puesto que dicha materia queda siempre inexcusablemente reservada a la ley administrativa correspondiente que regule esa concreta forma organizativa y la adapte a la naturaleza del fundador.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña con un destacado carácter novedoso contiene una previsión positiva acerca de la posibilidad de crear fundaciones por parte de las entidades públicas y dispone que no sea necesaria una habilitación ulterior. La ley permite, sin más, esta creación siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos y, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario. La capacidad de constitución es la regla que sólo se verá limitada o excluida en la medida que una norma expresamente lo establezca, además, no cualquier norma sino precisamente, la norma que regule los regímenes de las diferentes personas jurídico-públicas<sup>97</sup>.

No resulta adecuado diferenciar entre leyes administrativas y leyes que no son tales, considerando que el Código Civil de Cataluña se encuentra entre las segundas, si se quiere definir o configurar la capacidad de las entidades públicas para constituir fundaciones; o, con otras palabras para considerar directamente a tales entidades como posibles fundadoras.

Esta cuestión se puede situar en el ámbito de la teoría de la organización administrativa y de la reserva de ley que, en materia organizativa, establece el número 2 del artículo 103 de la Constitución. De este modo es posible llegar a la conclusión de que el Código Civil de Cataluña, no puede habilitar sin más para constituir fundaciones:

*“Toda regulación sobre tipos organizativos posibles y su funcionamiento y, por tanto, las condiciones para su creación, modificación y extinción, deben residenciarse precisamente en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas y ser ejercicio del título competencial correspondiente”<sup>98</sup>.*

---

<sup>97</sup>En este sentido cabe citar la Ley madrileña de fundaciones de 2 de marzo de 1998 y en especial el artículo 9,2 donde se impone la necesidad de autorización previa del Consejo de Gobierno de la Comunidad para que la Administración autonómica pueda crear fundaciones.

<sup>98</sup>Siguiendo a PAREJO ALFONSO, Luciano, cuyas consideraciones, son extraordinariamente sugestivas e invitan a la reflexión en el Prólogo a la obra de VAQUER CABALLERÍA, Marcos: *Fundaciones públicas y fundación en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid, Marcial Pons, 1999. Pág. 24.

No obstante, es preciso matizar, que las fundaciones reguladas en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña no son, en ningún caso, organizaciones públicas. En consecuencia, no son aptas para cumplir funciones públicas reservadas a la Administración; por lo que, siguiendo la tesis más armonizadora de PIÑAR MAÑAS<sup>99</sup>, reconducir el debate al campo de la organización administrativa supone forzar la cuestión: por este motivo, no puede compartirse la idea de que resulta violentado el sistema constitucional de la organización administrativa si se interpreta que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña contiene una habilitación positiva y suficiente para crear fundaciones de naturaleza privada.

Por todo ello, el alcance del citado artículo debe ser el siguiente: la Ley de fundaciones permite a las personas jurídico-públicas constituir fundaciones privadas. El Código Civil de Cataluña no niega la capacidad para crear tales fundaciones, ni el Libro tercero altera en sí y por sí el sistema organizativo público, ni por lo tanto, incide en la organización administrativa.

Sin embargo, es preciso considerar que el fundador jurídico-público, al constituir una fundación privada, para lo que la Ley le reconoce capacidad, debe en todo caso respetar los límites y las condiciones que a tal efecto le impone la legislación correspondiente –la legislación administrativa. En virtud de la modificación que incorpora la Ley 7/2012, de 15 de junio, que modifica la ley 4/2008, de 24 de abril, los requisitos para constituir fundaciones públicas desaparecen; será suficiente para constituir las que lo hagan conjuntamente con personas privadas, de acuerdo con su normativa.

Es preciso destacar que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña ni consiente ni pretende que las fundaciones creadas por entidades públicas puedan ejercer funciones públicas. Las fundaciones privadas están habilitadas para cumplir fines de interés general pero no funciones públicas, sea cual fuere la naturaleza del fundador. Por esta razón nos parece conveniente en este sentido, mostrar nuestra inquietud ante la reciente multiplicación de fundaciones de iniciativa pública que pueden incluir entre sus fines el ejercicio de funciones públicas.

### 3.3 Modalidades

La fundación se puede crear por negocio jurídico *inter vivos* o por causa de muerte.

---

<sup>99</sup>PIÑAR MAÑAS, José Luis. “Fundaciones Constituidas por entidades públicas”...op. cit.

A la primera de las modalidades previstas se refiere el apartado segundo del artículo 331-3 del Código Civil de Cataluña cuando establece que para su constitución se requiere el otorgamiento de una carta fundacional, con el contenido legalmente establecido. La ley 5/2001, de 2 de mayo, no mencionaba expresamente la carta fundacional sino que señalaba la escritura pública.

El requisito de la escritura pública para la modalidad de constitución de la fundación por actos *inter vivos* existía ya en legislación anterior. El artículo 6.1 de la Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, exigía como requisito, además del otorgamiento de la carta fundacional en escritura pública, su inscripción en el Registro de Fundaciones, de igual forma que la ley estatal.

En cuanto a la modalidad de creación de una fundación por causa de muerte, esta posibilidad se regula en el apartado tercero del mismo artículo en términos similares aunque no idénticos que los presentes en la redacción de la ley anterior: se instituye que la voluntad fundacional manifestada en testamento deberá ser ejecutada por las personas designadas por el fundador, las cuales deben, si es preciso, completarla. Se requiere, además, que la inscripción de la fundación sea solicitada en el Registro de Fundaciones y, en el caso de no haber sido solicitada por cualquier causa, esta omisión deberá ser resuelta por el protectorado.

El Grupo Parlamentario Popular durante el trámite de presentación de enmiendas al proyecto de ley de fundaciones privadas catalanas, presentó una en la que proponía la adición a este artículo de un apartado en el que se contemplaran las fundaciones de interés familiar, que estarían constituidas en testamento y requerían para su validez la designación de un fiduciario encargado de llevar a cabo la voluntad del fundador.

Este precepto contempla un régimen muy similar al que contempla la ley estatal. Prácticamente la única diferencia que se observa se refiere a la posible intervención del protectorado en los casos de constitución *mortis causa* para otorgar la escritura de constitución cuando el fundador no hubiera hecho referencia a alguno de los extremos que expresamente recoge la ley. En este caso el Libro tercero del Código Civil de Cataluña contempla la intervención del protectorado sin requerir autorización judicial previa y a diferencia de la Ley estatal 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Que el Código Civil de Cataluña no exija la previa autorización judicial para la intervención del Protectorado merece una valoración muy positiva. Esta necesidad que sí es considerada por el legislador estatal, fue producto de una enmienda del Grupo parlamentario Popular con esta justificación “*Se considera conveniente la intervención*



*judicial ya que se trata de suplir la voluntad del fundador*”. No obstante y, a nuestro entender, más bien supone una falta de confianza en el protectorado, ya que parece olvidar el papel y las funciones de este órgano<sup>100</sup>.

Además, la interpretación del protectorado tiene un carácter subsidiario respecto a la del albacea y los herederos; y supletorio de la voluntad del fundador. Al mismo tiempo, la exigencia de autorización supone retrasar el otorgamiento de la escritura de constitución y, por ende, la creación de la fundación.

En relación con esta modalidad de constitución de la fundación, se requiere que el fundador al otorgar el testamento manifieste su voluntad de crear una fundación y disponga de los bienes y derechos que constituirán su dotación. En su caso, los restantes elementos de la escritura de constitución serán determinados por el albacea testamentario o, en su defecto, por los herederos testamentarios, y si éstos no existieran, por el protectorado. Por lo que se refiere al contenido mínimo del negocio fundacional, para que éste sea considerado eficaz, puede parecer extraño que no se haga referencia al fin de la fundación. Ahora bien, esa ausencia de mención al fin simplemente debe entenderse en el sentido de que basta con que conste la voluntad del fundador de destinar los bienes de que dispone a la realización de fines de interés general: se permite que se deje a las personas a las que el precepto alude, la concreción del fin de la fundación. Esta idea, que puede parecer que implica un tratamiento de favor del negocio testamentario y del acto fundacional, es digna de elogio por cuanto redunda en beneficio de la comunidad y se encuentra en la línea que sigue el Tribunal Supremo<sup>101</sup>.

No obstante, la ausencia de referencia expresa del fin fundacional en el artículo 331-3 del Código Civil de Cataluña, no significa que el legislador considere que no es un elemento esencial de la fundación, sino que simplemente manifiesta la primacía de la voluntad del testador, con lo que basta que éste exprese su deseo de crear un ente autónomo con un patrimonio adscrito a la realización de fines de interés general.

### 3.4 Personalidad Jurídica

El artículo 331-1.4 del Código Civil de Cataluña se refiere novedosamente a la adquisición *definitiva* de la personalidad jurídica por parte de la fundación mediante el requisito de inscripción de la carta fundacional.

---

<sup>100</sup>De acuerdo con la opinión de CAFFARENA LAPORTA, Jorge; “La Constitución de las Fundaciones” en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. op. cit, Pág. 95-96.

<sup>101</sup>Vid por todas, la sentencia de 2 de julio de 1952.

El término *definitiva* no aparecía en el Proyecto de ley del Libro tercero presentado ante el Parlamento. Su introducción fue fruto de un acuerdo transaccional, en el seno de la ponencia parlamentaria entre la posición del proyecto presentado por el Gobierno y la posición favorable a la adquisición de la personalidad a partir del otorgamiento de la carta fundacional y no con su inscripción. Con todo, se trata de un acuerdo que no clarifica el texto y que puede inducir a confusión<sup>102</sup>.

Este requisito tampoco aparecía recogido en este sentido en la legislación anterior. El artículo 2.2 de la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas estipulaba el inicio de la personalidad en el mismo momento en que la fundación quedase válidamente constituida, y establecía, a estos efectos que *“la personalidad jurídica de estas fundaciones empieza en el mismo instante en que, conforme a la presente ley hayan quedado válidamente constituidas”*; el artículo 6,2 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña, determinaba, a su vez, que *“Las fundaciones alcanzan la personalidad jurídica con la inscripción de la carta fundacional en el Registro de fundaciones”*, exigiendo siempre la inscripción de la carta fundacional.

La doctrina respecto de esta regulación exteriorizó sus dudas acerca de que con la misma se consagrara el sistema de otorgamiento de personalidad, pues tales preceptos no dicen expresamente que la inscripción en el Registro fuese requisito para la válida constitución de las fundaciones. Ciertamente, estos artículos establecían que la fundación debía inscribirse en el Registro de fundaciones; pero de ello, no era posible deducir que antes de la inscripción, la fundación no estuviese válidamente constituida<sup>103</sup>.

El sistema de reconocimiento de la personalidad jurídica de las fundaciones, configurado en el artículo 3 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, así como en el artículo 4 de la Ley 50/ 2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, rige en todo el Estado, según dispone la misma ley en su disposición final primera, a cuyo tenor:

---

<sup>102</sup> La enmienda sobre este punto fue presentada por el Grupo Parlamentario Popular (enmienda núm. 81) partidario de la adquisición de la personalidad jurídica a partir del otorgamiento de la carta fundacional con una inscripción posterior de carácter meramente formal. En el trámite encontramos otra enmienda del Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió (enmienda núm. 5), finalmente retirada a favor del citado acuerdo, al artículo 311-2, que invertía el sentido del texto actual, haciendo del requisito de la inscripción la norma general del Código para todas las personas jurídicas, permitiendo la excepción para los casos previstos expresamente en la regulación concreta de cada persona jurídica.

<sup>103</sup> FERRER i RIBA, Josep; “El procés constituï d’una fundació en la Llei 3 de marc de 1982 de fundacions privades catalanes” *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984. Págs. 861 y ss.

*“Los artículos 2; 3.1, 2 y 3 ; 4 ; 14; 31 y 34,1 constituyen las condiciones básicas del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 en relación con el 53, de la Constitución y son de directa aplicación en todo el Estado al amparo de lo previsto en el artículo 149,1 de la propia Constitución”.*

Según disponía la anterior Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General si alguna de las leyes autonómicas de fundaciones promulgadas antes de su entrada en vigor, contuviera un sistema distinto al instituido por ésta última para el otorgamiento de personalidad a las fundaciones, este habría quedado sustituido por el analizado.

No obstante, conservarán su personalidad jurídica, aquellas que ya la tuvieran con anterioridad pues la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, carecía de efectos retroactivos. Esto significaba que las fundaciones autonómicas que se constituyeran después de la entrada en vigor de la Ley debían ser inscritas en el correspondiente Registro de fundaciones para adquirir personalidad jurídica, aunque la normativa autonómica sobre fundaciones no lo exigiera anteriormente.

El artículo 4 de la vigente Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, establece que las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública en el correspondiente Registro de Fundaciones, siguiendo el mismo criterio que la ley catalana. Sin embargo, conviene resaltar el hecho de que mientras la ley estatal se refiere a *escritura pública de constitución*, la ley catalana denomina al documento de constitución de una fundación *Carta fundacional*.

Una amplia mayoría de autores sostiene que la regulación de las fundaciones en la Constitución impone el sistema normativo para la adquisición de la personalidad jurídica. Quizás, el fundamento de esta posición se encuentra en una interpretación literal y restrictiva del artículo 34 de la Constitución, que reconoce el derecho de fundación *“con arreglo a la ley”*<sup>104</sup>. Otros consideran, que la generalidad de los términos de la Carta Magna, permite el establecimiento de cualquier sistema de adquisición de la personalidad para las fundaciones<sup>105</sup>.

No obstante, y a tenor de lo establecido en este artículo, el sistema de atribución de personalidad jurídica que sigue la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, es el de concesión

---

<sup>104</sup> GOMEZA VILLA, José Luis; *Consideraciones sobre el Tratamiento Jurídico y Fiscal de las Fundaciones Españolas*. Editorial Fundación BBV. Bilbao 1994. Pág. 47.

<sup>105</sup> GARCÍA ANDRADE, Jorge; *La Fundación: Un Estudio Jurídico*. Editorial Escuela Libre. Madrid, 1997. Pág. 62.

administrativa, pues no basta para la adquisición de aquella atribución con que la fundación se ajuste a las previsiones legales, sino que la Administración Pública deberá comprobar en cada caso concreto que la entidad de que se trate sea sustantivamente merecedora de la personalidad jurídica.

### 3.5 Fundación en constitución

Pese a que ni el Código Civil de Cataluña, ni la legislación anterior reconoce ningún tipo de figura similar a la *fundación en constitución* o a la *fundación no inscrita*<sup>106</sup>, puede afirmarse que existe alguna institucionalización entre el momento del otorgamiento de la carta fundacional y el momento en que con su inscripción se la dota de personalidad jurídica<sup>107</sup>.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña establece en su artículo 311-2, que las entidades sujetas al Código, adquieren la personalidad jurídica por medio de la voluntad manifestada en el acto de constitución, en el caso de la fundación: carta fundacional, testamento o codicilo (artículo 331-3)- y, con el cumplimiento, si procede, de los requisitos establecidos por la ley a tal efecto-. El Código Civil de Cataluña dispone también la obligatoriedad general de la inscripción; pero sin predeterminar que ésta sea un requisito de adquisición de la personalidad (artículo 315-1.2.a), tal como muestra claramente la previsión para las asociaciones (artículo 321-5) que deben inscribirse *solo a efectos de publicidad*, algo totalmente distinto a lo previsto para las fundaciones.

Las fundaciones adquieren personalidad jurídica, ahora calificada como *definitiva*, con la inscripción de la carta fundacional en el Registro de Fundaciones, según lo dispuesto por el artículo 331-1.4 de Código Civil de Cataluña. Sin embargo, esta inscripción no es optativa, ya que tanto los patronos (artículo 331-10.1), como los encargados de ejecutar la voluntad fundacional manifestada *mortis causa* (artículos 331-3.3 y 331-10.1-in fine-) deben solicitarla, previéndose, además, funciones de suplencia por parte del protectorado en ambos casos; ello, por otra parte, confiere carácter normativo a la declaración de carácter irrevocable del acto de otorgamiento de la carta fundacional (artículo 331-4.2). Existe un argumento posterior que sostiene

---

<sup>106</sup>Figura que ya existía en el caso de las asociaciones (artículo 11 de la Ley 7/1997, de asociaciones) con el objetivo de fijar la responsabilidad de las personas que actuaran en nombre de la asociación cuando ésta no estuviere inscrita, pero partiendo de la lógica que la asociación ya existe desde el otorgamiento de su acuerdo de constitución y puede, por tanto, operar en el tráfico como tal; precepto que, no obstante, también ha desaparecido del Libro tercero del Código Civil de Cataluña.

<sup>107</sup>La ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones en el artículo 13 hace referencia a la fundación en proceso de constitución.

que en el caso de las fundaciones temporales el cómputo del plazo de su duración se inicia a partir de la fecha de su inscripción (artículo 331-8.b).

Es preciso destacar que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña suprime la regulación contenida en la Ley 5/2001, de 2 de mayo, sobre el proceso de inscripción; en concreto, el contenido del artículo 12, que tenía por objeto poder imputar a la fundación, una vez inscrita, los actos realizados por sus promotores –patronos, fundadores o encargados de ejecutar la voluntad fundacional- para poderla inscribir, y los que hubieran realizado para conservar los bienes y derechos destinados a la dotación inicial

Pero, a su vez, el Código ha aumentado los requisitos para la constitución de las fundaciones y la adquisición de la personalidad jurídica, entre otros: la exigencia de una dotación mínima y de su desembolso (artículos 331-5 y 331-6), el proyecto de viabilidad (artículo 331-7.2); razones por las que toma un mayor significado, no limitándose a ser un mero acto de control formal: resulta por tanto difícil de imaginar nada similar a la personalidad jurídica con anterioridad a haberse producido la inscripción.

No obstante, es preciso aclarar que las actuaciones realizadas con anterioridad a la inscripción son de naturaleza estrictamente personal y atribuible únicamente a las personas que las lleven a cabo. En este sentido, el artículo 331-10 del Código Civil de Cataluña se refiere al deber de los designados como futuros patronos, de solicitar la inscripción de la fundación en el Registro y, mientras tanto *“hacer todo lo necesario para conservar los bienes del patrimonio inicial y facilitar la actividad futura de la fundación”*, pero ha desaparecido cualquier imputación de estos actos a la fundación.

Por lo que se refiere a la responsabilidad derivada de la realización de estos actos, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña suprime también la previsión del artículo 13 de la Ley 5/2001 de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña, por la que se establecía la responsabilidad solidaria de los citados promotores por los créditos nacidos durante esta fase y por razón de los citados actos. Una vez inscrita, la responsabilidad recae en la nueva persona jurídica; pero, si la fundación no llegase finalmente a inscribirse, o bien, tal y como disponía este artículo, *“mientras no se produzca la inscripción”*, los promotores responden solidariamente en caso que los bienes destinados a integrar el patrimonio fundacional resultaren insuficientes. Tampoco, en este caso, se refiere el texto legal a la fundación sino que queda afectado a la responsabilidad del patrimonio citado en la carta fundacional.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña deja la responsabilidad derivada de la realización de estos actos bajo la cobertura- no del todo clara, a nuestro entender- del artículo 312-15, que fija la responsabilidad personal de los fundadores o de otras personas encargadas de promover la inscripción de una persona jurídica por las consecuencias derivadas de la falta de inscripción. Es preciso subrayar que la norma no se refiere exactamente a los perjuicios para terceros potenciales acreedores de una fundación que no llegue a existir, sino que parece más orientada a la responsabilidad personal derivada de la falta de inscripción como defraudación de la voluntad fundacional, que, además, se les debe poder imputar por negligencia.

Una interpretación amplia de estas consecuencias, pese a que deban imputarse por negligencia, debe poder incluir los créditos nacidos a favor de terceros por actos realizados durante la fase de constitución cuando ésta no se llegue a producir. Por otra parte, si la fundación ha sido inscrita, la interpretación a *sensu contrario* del artículo 315-2 del Código Civil de Cataluña parece permitir la imputación de la responsabilidad por la actuación previa a la fundación.

## 4 La constitución de la fundación (II): La dotación

### 4.1 Consideraciones Generales

Las novedades más importantes que introduce el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, en relación a la constitución de fundaciones son:

- a) La dotación inicial
- b) La viabilidad económica del proyecto

Respecto a la dotación, es preciso destacar como el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, por un lado, reconoce una mayor autonomía del fundador que la otorgada por la legislación anterior, mientras que, por otro, la limita.

El artículo 331-5 del Código Civil de Cataluña, después de su modificación por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña exige que la dotación inicial de la fundación consista en dinero u otros bienes fructíferos y no sea inferior a 30.000 euros. En aras a incentivar la constitución de fundaciones, se ha reducido la dotación inicial que la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, estableció en 60.000 euros. No obstante, en todo caso, los bienes de la dotación inicial deben ser adecuados para iniciar o realizar las actividades fundacionales y deben estar libres de cargas que impidan o limiten de forma significativa su utilidad para la fundación.

### 4.2 La Dotación inicial

Necesariamente en el momento de regular la constitución de una fundación, se plantea la cuestión acerca de si el acto propio de dotación es o no un requisito esencial del negocio jurídico fundacional. Podemos definir la dotación como un negocio dispositivo a través del que una determinada masa patrimonial se transmite del patrimonio del o de los fundadores a la fundación<sup>108</sup>.

Como es bien sabido, no hay fundación sin que sea afectado un patrimonio a la realización de finalidades de interés general. Así lo establecía la Ley de 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña en sus artículos 1, 2 y 5 y así lo establece el Código Civil de Cataluña al definir la fundación.

---

<sup>108</sup> Siguiendo a LOPEZ JACOISTE, José Javier; "La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones" en Revista de Derecho Privado, 1965. Pág. 567 a 609 y a BADENES GASSET, Ramón en "Crítica del Derecho positivo español en relación con las fundaciones" en *Hacia un estatuto de las fundaciones en España*. Temas de Fundaciones núm. 2. Centro de fundaciones. Madrid, 1979.

También es posible calificar la dotación como un acto de disposición de bienes, porque la causa de la liberalidad es forzosamente la asignación de un patrimonio a la realización de finalidades de interés general<sup>109</sup>. En el mismo concepto de fundación se hace referencia al negocio fundacional, entendido como “*negocio jurídico dirigido a la constitución de una fundación que se lleva a cabo esencialmente mediante la afectación de un conjunto de bienes a un fin determinado, que ha de ser de interés público*”<sup>110</sup>.

El negocio fundacional es un acto unilateral y no recepticio, un acto de disposición, consistente en el destino de los bienes al fin que jurídicamente comporta la transmisión de los bienes a la persona jurídica fundacional que deviene propietaria de ellos, una vez constituida. Esto hace que el negocio jurídico de dotación, mediante el cual, un patrimonio se destina a una finalidad de interés general, sea irrevocable una vez perfeccionado, aún cuando falte la organización de la persona jurídica que lo hará viable y el registro del acto en la forma prevista legalmente, ya que, aun cuando la ley no lo diga expresamente, la irrevocabilidad resulta de la misma naturaleza del negocio y se confirma con la precisión de obligar a los ejecutores testamentarios a completar la voluntad fundacional y, en última instancia, al protectorado

En la legislación española la dotación es un requisito esencial, según se deduce de diferentes preceptos; entre ellos, el artículo 39 del Código Civil estatal, que señala, como causa de extinción de las fundaciones, la imposibilidad sobrevenida de alcanzar los fines con los medios de que disponga, poniendo así de manifiesto que una dotación insuficiente impide el nacimiento de la fundación.

Entre las novedades que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña incorpora en relación a la dotación, podemos considerar, entre las más destacadas de la nueva regulación, el establecimiento de una cuantía mínima:

■ En las Fundaciones indefinidas (artículo 331-5)

---

<sup>109</sup> Siguiendo a CAFFARENA LAPORTA JORGE; “La constitución de las fundaciones”, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. op.cit. Pág. 125-146. Por ello se habla del carácter heterónomo de la fundación frente a la autonomía de los entes asociativos

<sup>110</sup> Siguiendo la definición que ofrece CAFFARENA LAPORTA, Jorge; *El régimen jurídico de las fundaciones: Estudio para su reforma*. Ministerio de Asuntos Sociales. Madrid 1991, Pág. 41. En la actualidad, esta definición debe ser objeto de una matización, como bien señala TOMAS Y VALIENTE, Francisco en *Estudio Previo*. op. cit. sustituyendo la expresión “interés público” por la de “interés general.



- La dotación inicial de la fundación debe consistir en dinero u otros bienes fructíferos.
- La dotación inicial a partir de la aprobación de la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero relativo a las personas jurídicas, se reduce para constituir una fundación de duración indefinida de 60.000 a 30.000 euros<sup>111</sup>.
- En todo caso los bienes de la dotación inicial deben ser adecuados para iniciar o realizar las actividades fundacionales y deben estar libres de cargas que impidan o limiten de forma significativa su utilidad para la fundación.

■ En las Fundaciones temporales (artículo 331-8)

Pueden constituirse fundaciones con una dotación de cuantía no inferior a 15.000 euros por un plazo máximo de cinco años, de acuerdo con determinadas reglas. La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, ha rectificado la cuantía de la dotación inicial reduciéndola también en este caso. Además, pueden, modificando sus estatutos, convertirse en indefinida o prorrogar su duración por una sola vez y por un período igual al inicial.

La fundación temporal debe liquidarse en el plazo de seis a contar del momento de su disolución. Una vez finalizado el plazo se cancelarán de oficio los asientos correspondientes del Registro de Fundaciones. El protectorado podrá efectuar, en su caso, operaciones pendientes, si existen.

En caso de que la dotación fuera no dineraria, si la aportación es en bienes o en derechos debe adjuntarse como anexo a la carta fundacional un informe, emitido por un perito, que debe contener la descripción de los bienes o derechos, sus datos registrales y la información de las cargas existentes sobre los bienes aportados.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña ha progresado respecto al criterio de la ley anterior, que requería únicamente la necesidad de una dotación suficiente para llevar a cabo las actividades fundacionales (artículos 5 y 8.1 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña) pero sin fijar una cuantía mínima. En estos momentos y a partir de la última reforma operada por la ley 7/2012, de 15 de junio, el artículo 331-5 determina un importe mínimo de 30.000 euros, en concepto de dotación

---

<sup>111</sup> Por tanto en este aspecto el Código Civil de Cataluña se equipara a la ley estatal de fundaciones.

inicial, para las fundaciones que se constituyan a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña.

La referencia a la cuantía mínima inicial se refuerza, además, al establecerse que los bienes que constituyen la dotación inicial deberán ser adecuados para iniciar o realizar las actividades fundacionales y estar libres de cargas (artículo 331-5.1 Código Civil de Cataluña), salvo importantes excepciones. El Código exceptúa el caso de las aportaciones dinerarias, que puede aportarse inicialmente tan sólo un 25% y el resto en un plazo de cinco años,<sup>112</sup> siempre que el compromiso conste en escritura pública con valor de título ejecutivo si se trata de fundadores privados (artículo 331-6.5 Código Civil de Cataluña) o bien conste expresamente en el acuerdo fundacional aprobado por el órgano de gobierno competente, de acuerdo con lo establecido por la legislación de finanzas públicas, en el caso de fundadores públicos (artículo 331-6.6 Código Civil de Cataluña). La aportación y el desembolso íntegro de la dotación deben haberse realizado íntegramente antes de solicitar la inscripción en el Registro de Fundaciones (artículo 331-6.1 Código civil de Cataluña)

El Preámbulo de la Ley 4/2008, de 24 de abril, que aprueba el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, pretendía justificar su carácter más restrictivo respecto de la regulación anterior y, por ello, argumentaba acerca del establecimiento de una dotación inicial que no debía considerarse, en ningún caso, una medida lesiva del ejercicio del derecho de fundar, ya que este derecho es posible ejercitarlo con exigencias patrimoniales inferiores en el caso de no disponer de una dotación suficiente para constituir una fundación.

Así, se mantiene la figura de la fundación temporal susceptible de ser reconvertida en fundación de duración indefinida, si se incrementa la dotación antes de que finalice el período máximo de duración, tratándose, de este modo, de potenciar también los denominados fondos especiales<sup>113</sup>.

Para el desarrollo de proyectos fundacionales de magnitud económica más reducida, o que no requieran una organización independiente, se podrán constituir fondos especiales con otras fundaciones preexistentes, con la condición de que las

---

<sup>112</sup>El artículo 331-6.5 ha sido modificado por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de modificación del libro III del Código Civil de Cataluña que ha variado el porcentaje del desembolso inicial ya que anteriormente era de un 50% y el resto se podía aportar en un plazo de 4 años.

<sup>113</sup>Las fundaciones temporales (artículo 331-8) tienen una duración máxima de cinco años y una dotación mínima de 15.000 euros (artículo 331-8.2). La duración puede ser prorrogada por un nuevo período de como máximo el equivalente a la mitad del término inicial propuesto (artículo 331-8.3) pero también se prevé su conversión en indefinida siendo entonces obligatorio ampliar la dotación y presentar el proyecto de viabilidad (artículo 381-8.3).

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

También es importante destacar, que el Código Civil de Cataluña diferencia, en su regulación, entre la dotación inicial e incrementos y la aportación de la dotación. Parece conveniente destacar esta matización por cuanto el legislador pretende acentuar el carácter de la dotación inicial como elemento esencial del negocio fundacional.

La Ley 1/1982, de 3 marzo, de fundaciones privadas, contemplaba la posibilidad de que los bienes objeto de la dotación, pudieran quedar afectados por alguna carga modal, ya fuera preexistente o impuesta en el acto de la aportación. No obstante, el artículo 3,4 establecía a este respecto dos limitaciones concretas

*“(...) los modos y cargas que gravan los bienes aportados no podrán absorber su valor y así mismo no podrán significar unos gastos anuales que impidan el cumplimiento de la obligación establecida en el apartado 2 del artículo 5, salvo, que lo autorice el Protectorado, atendiendo al interés de la fundación”.*

La segunda limitación representaba que si la fundación, para atender las cargas, debía destinar más del veinte por ciento de sus ingresos anuales globales en concepto de rentas y de otros ingresos corrientes no procedentes de la dotación y, por lo tanto, no podía destinar a la realización de la finalidad fundacional el ochenta por ciento restante, se le prohibía aceptar aquella aportación. No obstante, y en este caso, se establecía una excepción: que el protectorado, atendido el interés de la fundación, lo autorizara.

En un sentido similar, el artículo 6,4 de la Ley 3/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas establecía que las herencias a favor de una fundación se entendían aceptadas siempre a beneficio de inventario, constituyendo un precepto similar al que se contemplaba en el artículo 262 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña.

La Ley catalana 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, al regular la dotación, ya introdujo importantes novedades respecto a la normativa anterior; entre ellas, que la aportación de dinero o bienes o derechos valorados económicamente

deberá ser libre de toda carga que impida o limite de manera significativa su utilidad para la fundación (artículo 8).

El Código Civil de Cataluña sigue esta misma orientación en lo que hace referencia a la dotación inicial. La nueva regulación que introduce el Libro tercero del Código Civil de Cataluña va más allá del criterio utilizado por la ley estatal, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, por su sentido de presunción, ya que la legislación estatal no la fija con carácter obligatorio, sino como presunción de su suficiencia, que puede también acreditarse, aunque la cuantía sea inferior, mediante un estudio económico de viabilidad.

Las restantes leyes autonómicas no han previsto por el momento, ninguna cuantía mínima; en líneas generales, reproducen la ley estatal, ya sea la Ley 50/ 2002, de 26 de diciembre o la Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación privada en Actividades de Interés General según la fecha de aprobación de cada una de ellas<sup>114</sup>.

### 4.3 La aportación de la dotación

El Código Civil de Cataluña introduce además en la regulación de la aportación de la dotación otras destacadas novedades.

En primer lugar, y a diferencia de la ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, el Código Civil de Cataluña, al regular la aportación de la dotación en el momento de la constitución de la fundación, ya no emplea el término *formalización de la aportación* como referencia, sino que únicamente se refiere a *aportación*.

Entre el resto de leyes autonómicas, aprobadas antes de la ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, y aún no modificadas, la referencia a la suficiencia de la dotación aparece únicamente con carácter parcial en la ley 2/1998 de Canarias, en relación con el primer programa de actuación de la fundación, siguiendo en este punto a la ley vasca 812/1994, que en su artículo 9 sí se refiere a la suficiencia de la dotación, pero en relación al primer programa de actuación que ésta desarrolle, y fijando, además, un mínimo del 30% para el desembolso inicial. En cambio, no encontramos ninguna referencia a la suficiencia o adecuación de la dotación en los casos de las leyes de Castilla-León (2002), Madrid (1998) y Navarra (1973).

---

<sup>114</sup> En este sentido: Artículos. 10 Ley de Fundaciones de La Rioja 1/2007; 13 Ley de Fundaciones de Galicia 12/2006, 14 Ley de Fundaciones de Andalucía (10/2005), Ley de Fundaciones valenciana (9//2008 modificando el Art. 11 de la Ley 9/1998) que se refiere expresamente a la ley estatal 50/2002.

En segundo lugar, como regla general, el Código Civil de Cataluña, únicamente contempla la dotación inicial y la posibilidad de efectuar incrementos “a posteriori” en determinados supuestos. El artículo 331-6 del citado código regula la aportación de la dotación y, a tal efecto establece que la dotación inicial, excepto en los casos de dotación sucesiva debe haberse aportado y desembolsado íntegramente antes de solicitar la inscripción en el Registro de Fundaciones.

Si la dotación es en dinero debe ingresarse en una entidad de crédito a favor de la fundación en constitución. Pero, si el ingreso se ha efectuado antes del otorgamiento de la carta fundacional, es preciso hacerlo constar en ésta y protocolizar el resguardo o el certificado del depósito.

#### **4.3.1 La dotación sucesiva**

La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas, en su ánimo de incentivar la constitución de fundaciones reduciendo la dotación inicial, modifica el apartado 5 del artículo 331-6 del Código Civil de Cataluña, que contempla la posibilidad de desembolsar sucesivamente la dotación.

La posibilidad de aportación de la dotación sucesivamente se prevé únicamente en el caso en que la dotación se aporte en dinero; además, solamente se aceptará la dotación sucesiva en los supuestos en que el compromiso de esta peculiar aportación conste en escritura pública con valor de título ejecutivo, en el caso de las personas físicas o jurídicas privadas, o bien conste en el acuerdo fundacional aprobado por el órgano de gobierno competente de acuerdo con lo que establece la legislación de finanzas públicas, en el caso de las personas jurídicas públicas. En todo caso, será exigible el desembolso inicial de un 25% y el resto en un periodo no superior a cinco años<sup>115</sup>.

El apartado quinto del artículo 331-6 del Código civil de Cataluña, en su versión original, contemplaba la posibilidad de una aportación sucesiva de la dotación según la forma establecida en la versión actual; sin embargo, establecía que el desembolso inicial debía ser del 50% y el resto debía aportarse en un plazo de 4 años.

Con la dotación en forma sucesiva, se permite que la fundación pueda iniciar sus actividades con un desembolso inicial mínimo a la vez que se le otorga un plazo de cinco años para completar la dotación estipulada. Ello puede considerarse como un

---

<sup>115</sup> Al igual que sucede en la ley estatal, se amplía de 4 a 5 años el período para realizar la aportación sucesiva.

reflejo de la importancia que en el Código Civil de Cataluña se ha dado al elemento organizativo que forma parte del contenido esencial del derecho de fundación.

El artículo 8 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña regulaba aportación de la dotación de una forma más concisa y establecía a tal efecto que podía efectuarse en el momento de otorgar la carta fundacional íntegramente o bien de forma sucesiva.

La Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General también contemplaba la posibilidad de que la dotación inicial de la fundación se pudiera realizar de forma sucesiva en el caso de que la aportación fuera dineraria y también lo permite la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones. En ambas normas se establece que el desembolso inicial será de al menos el 25 por 100, y que el resto deberá hacerse efectivo en un plazo no superior a cinco años contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación. Esta forma de regular la aportación guarda relación con el contrato de donación, por lo que el aplazamiento del desembolso no supone una donación de bienes futuros sino una donación obligacional actual, ya que la fundación se convierte en titular de un derecho de crédito contra el fundador por la parte de la dotación que todavía no se hubiese desembolsado.

La regulación actual de la aportación de la dotación para las fundaciones privadas catalanas que instaura el Código Civil de Cataluña es, como se ha puesto de manifiesto, mucho más detallada y precisa ya que si bien la anterior ley contemplaba la posibilidad de efectuar una aportación sucesiva de la dotación en términos generales, el Código Civil de Cataluña únicamente contempla esta posibilidad en los dos supuestos anteriormente señalados, donde se garantiza que la aportación va hacerse efectiva reduciendo el plazo del desembolso total a un término de cinco años.

Si la aportación de la dotación fuera en dinero, el notario debe dar fe, en la carta fundacional del resguardo o de la certificación del depósito de la aportación, realizado en una entidad de crédito a nombre de la fundación, y protocolizarlo. Si la aportación no se ha efectuado en el momento de otorgar la carta fundacional deberá realizarse con carácter previo a la inscripción en el Registro de Fundaciones.

#### ***4.3.2 Aportación de la dotación en bienes o derechos***

La ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña otorgaba la consideración legal de dotación a la aportación de los bienes y derechos que durante la existencia de la fundación fueran afectados por el fundador o el patronato con carácter

permanente a los fines fundacionales. Ello implicaba que los únicos autorizados para otorgar la calificación de dotación a unos determinados bienes eran el fundador y el patronato; cualquier otro benefactor de la fundación no ostentaba esta competencia, sin perjuicio, de que pudiera condicionar su donación a la calificación ulterior como dotación por las personas legalmente habilitadas y su posterior notificación al Protectorado en el momento de la presentación de las cuentas. El Código Civil de Cataluña regula los incrementos a posteriori de la dotación de una manera más amplia, y únicamente establece que los aumentos de la dotación deban respetar las normas sobre la aplicación obligatoria de las rentas y otros ingresos, y que deban hacerse constar en las cuentas anuales que se presentan al Protectorado

Es preciso destacar que La Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (artículo 12,5) considera, de igual forma su predecesora, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre (artículo 10,4) que en ningún caso se podrá considerar como dotación el mero propósito de recaudar donativos. Esta disposición constituye una buena prueba de que esta Ley sólo admite auténticas donaciones como dotación, nunca bienes futuros o propósitos que no sean patrimonialmente exigibles en Derecho.

No obstante, del mismo modo que la Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre. Permitía que se pudiera considerar como dotación, el compromiso de aportaciones de terceros siempre y cuando estuvieran garantizadas (artículo 10, 4), la actual ley estatal de fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre (artículo 12.3) contempla la misma posibilidad, pero precisa que únicamente será aceptada como dotación el compromiso de aportaciones de terceros cuando dicha obligación conste en títulos de los que llevan aparejada ejecución. Además, el mismo artículo dispone que con posterioridad, la dotación pueda ser incrementada por los fundadores o por otras personas físicas o jurídicas públicas o privadas.

El Código Civil de Cataluña sigue la misma orientación que la ley estatal en cuanto a la rentabilidad de la dotación y así dispone que siempre y en todo caso la dotación inicial de la dotación debe consistir en dinero u otros bienes fructíferos. Además el Código Civil de Cataluña incorpora una novedad importante en el caso de que se trate de una dotación no dineraria. La novedad consiste en la obligación de añadir, como anexo a la carta Fundacional, un informe, emitido por un perito, que ha de contener la descripción de los bienes o derechos, los datos registrales y la información de las cargas sobre los bienes aportados en caso de que existan, así como su valor, su rentabilidad potencial y los criterios que deberán seguirse para efectuar tales estimaciones. En el caso de

que se tratara de explotaciones económicas deben presentarse las cuentas anuales debidamente auditadas.

#### 4.4 Reversión de los bienes en caso de imposibilidad de constitución de la fundación

En la anterior legislación se planteó ya, en relación a la suficiencia y adecuación de la dotación para la realización de los fines de la fundación, un interrogante sobre el destino que debía darse a los bienes integrantes en el supuesto de que el informe del protectorado no fuera favorable y ello impidiera la inscripción de la fundación, con lo que ésta no podría adquirir personalidad jurídica. Si bien la dotación, con la correspondiente aportación de bienes o derechos, ha de ser considerada como un acto transmisivo, cuestión distinta será si conserva un derecho de recuperación de lo aportado. Cabría la posibilidad de considerar aplicable el artículo 335-6 del Código Civil de Cataluña, relativo al destino de los bienes en los supuestos de liquidación, pero en este momento la fundación todavía no ha adquirido la personalidad jurídica, por lo que podría defenderse igualmente la reversión de estos bienes, ya sea al fundador o a sus herederos o causahabientes. En todo caso, dada la voluntad del fundador, si ha constituido una fundación por acto *mortis causa*, los bienes se destinaran conforme a lo dispuesto por el fundador, dado el respeto que se debe a su voluntad.

Podría argumentarse, en apoyo de la postura contraria, que a pesar del valor que deba darse a la voluntad del fundador, sobre todo en las fundaciones con actividad empresarial, se ha de disponer de una mayor flexibilidad para responder ante las circunstancias cambiantes del mercado<sup>116</sup>.

Mayores dudas se planteaban en relación con la constitución *inter vivos*, aunque en este caso, cabe que el fundador aporte más bienes o, en todo caso, proponga la modificación de los estatutos, estableciendo unos fines más moderados a la fundación, que posibiliten la viabilidad de la fundación con la dotación inicialmente prevista<sup>117</sup>.

Esta cuestión queda finalmente resuelta en el artículo 331.12 del Código Civil de Cataluña, que se pronuncia con carácter expreso respecto del destino que debe darse

---

<sup>116</sup> CAPILLA RONCERO, Francisco; "Teoría General de las personas jurídicas". Ponencia presentada en las Novenes Jornades de Dret Català celebradas en Tossa de Mar del 19 al 21 de septiembre de 1996, Pág. 9.

<sup>117</sup> En este sentido se manifiesta FERRER i RIBA, Josep; "Les finalitats fundacionals: els seus tipus i les regles sobre el seu compliment i modificació" en Novenes Jornades de Dret Català a Tossa, celebradas en Tossa de Mar del 19 al 21 de septiembre de 1996. Pág. 10 a 12.



a los bienes aportados, en el caso de que no fuera posible la constitución de la fundación por actos *inter vivos* o *mortis causa*. A tal efecto, el citado artículo dispone que, si no fuera posible la constitución de la fundación, los bienes aportados revierten a favor de los fundadores, salvo que éstos hubieran dispuesto un destino diferente. En la constitución por causa de muerte, si el testamento o codicilo no establecen nada en sentido contrario, corresponderá al protectorado dar a los bienes el fin de interés general que les corresponda respetando la voluntad fundacional en relación a su finalidad y ámbito territorial.

La ley 1/1982, de 3 de marzo de fundaciones privadas en el artículo 7,1 disponía que la transmisión del dominio de los bienes aportados a una fundación se producía en el momento de la inscripción en el Registro de Fundaciones, si bien sus efectos se retrotraían a la fecha del otorgamiento de la carta fundacional, o en su caso, al día de la muerte del fundador.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña tan sólo instituía que, si la aportación fuera en bienes y derechos, esta aportación debería formalizarse simultáneamente al otorgamiento de la carta fundacional.

#### 4.5 Adaptación del régimen de la dotación

La disposición transitoria primera del Código Civil de Cataluña establecía que la dotación de las fundaciones ya constituidas, sujetas a las disposiciones del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, no queda supeditada a lo contemplado en el artículo 331-5, que incorpora el establecimiento de una cuantía mínima para la dotación inicial de las fundaciones que deberá ser aportada en bienes fructíferos.

Esta disposición transitoria ha sido derogada por la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas.

#### 4.6 Financiación de las actividades de la fundación

El Código Civil de Cataluña, de igual forma que la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, prevé también la financiación de las actividades de la fundación (artículo 331-7) y establece que esta deberá realizarse con medios suficientes en todo caso, ya sean bienes o derechos, actividades lícitas, donaciones o subvenciones.

El artículo que regulaba la financiación de las actividades fundacionales resultó novedoso en la anterior regulación, cuando contemplaba la financiación con medios

suficientes, ya que la ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, no regulaba de forma expresa la financiación de las fundaciones, sino que únicamente disponía a tal efecto que debería destinarse al menos el ochenta por ciento de las rentas que obtenga la fundación y de los otros ingresos que no formen parte de la dotación a la realización de la finalidad fundacional (artículo 5).

La regulación de las actividades de la fundación se contempla en los mismos términos que en la ley anterior. Únicamente varía en cuanto a la denominación del plan a presentar, que ya no denomina *previsión de ingresos o gastos* sino *proyecto de viabilidad económica*, y en cuanto al plazo concedido para el mismo, que ya no se contempla por un periodo de dos años, sino de uno.

#### 4.7 Las fundaciones temporales

La ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña, no regulaba con profundidad, ni con carácter explícito, la posible constitución de fundaciones temporales; no obstante, su admisibilidad se desprendía de la exigencia de aludir a la duración de la fundación en el momento de su constitución y en sus propios Estatutos. La duración temporal de las fundaciones se configura como una de las novedades que introdujo la ley catalana 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña y que no aparecía en la anterior ley.

La previsión de dejar constancia en los Estatutos de la duración de la fundación tenía, en nuestra opinión, relación con la posibilidad de constituir fundaciones temporales (artículo 4 Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña, en el que se alude a la extinción por finalización del término para el cual fue constituida). Consideramos que, en este punto, la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña, debería haberse fijado unos requisitos mínimos, para evitar así, fundaciones fantasmas que desaparecían de repente.

El Código Civil de Cataluña en su antigua redacción por ley 4/2008, de 24 de abril, admitía y regulaba con carácter expreso la constitución de fundaciones temporales, considerando como tales, aquellas constituidas por un plazo máximo de cinco años y cuya dotación no fuera inferior a 30.000 euros. La Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del código civil de Cataluña varía los requisitos de la fundación temporal y establece que podrán constituirse fundaciones con una dotación no inferior a 15.000 euros, siempre que tengan una duración máxima de 5 años.

Estas fundaciones deberán ajustarse en cuanto a su constitución, a las mismas normas que las restantes fundaciones en materia de dotación y financiación de las

actividades; no obstante, se observan algunas discrepancias así como se establecen determinados requisitos para su constitución.

- a) La carta fundacional debe contener además un programa de actuación, que comprenda todo el periodo de funcionamiento de la fundación en el que se deberán indicar los recursos financieros que los fundadores se comprometen a aportar en cada ejercicio para el cumplimiento de la finalidad fundacional. Estas aportaciones deben quedar suficientemente garantizadas.
- b) Los estatutos necesariamente deben contener la duración de la fundación. El periodo de vigencia comienza a contar desde su inscripción en el Registro de Fundaciones.
- c) En ningún caso, la fundación puede llevar a cabo directamente explotaciones económicas como actividad de carácter principal.

Se contempla la posibilidad de que la fundación, antes de que expire el periodo de vigencia, pueda modificar sus estatutos, bien para prorrogar su duración o bien para convertirla en una fundación de duración indefinida. Si se optara por la prórroga, sólo se podrá hacer una vez y por un periodo igual al inicialmente previsto.

En el caso de que la fundación opte por tener una duración indefinida, la fundación debe incrementar la dotación hasta el porcentaje mínimo de 30.000 euros previstos para la constitución de fundaciones, del mismo modo, debe presentar el proyecto de viabilidad económica, con el fin de verificar el financiamiento de las actividades fundacionales.

Desde el momento de su disolución, la fundación temporal dispone de un periodo de seis meses para su liquidación. Finalizado el término de duración, se cancelarán de oficio los asientos del Registro de Fundaciones correspondientes a la fundación disuelta. El protectorado podrá realizar las operaciones pendientes en el caso de que existan.

#### 4.8 El respeto a la voluntad del fundador en tanto que expresión de la autonomía de la voluntad en relación con el ejercicio del derecho de propiedad

El modo en que opera la voluntad del fundador en relación con sus bienes no es expresión de una hipotética función social de la propiedad, sino de la autonomía de la voluntad de que goza el fundador para disponer legal y propiamente de sus bienes. Las fundaciones no son expresión de lo que técnicamente debe entenderse por

*función social de la propiedad*. La función social presupone una *imposición externa y ajena a la voluntad del propietario*, que obligatoriamente se ve sometido a las limitaciones que a la propiedad impone su función social. Por el contrario, en las fundaciones el elemento voluntario, *la libre disposición del fundador*, es esencial para definir el contenido mismo del derecho de fundación. La función social de la propiedad no implica un derecho para el propietario, sino una carga, un deber. Y, no es este, evidentemente, el esquema de ejercicio del derecho de fundación, cuyo sostén es la voluntariedad<sup>118</sup>.

Por otra parte, una vez constituida la fundación, deja de formar parte del patrimonio del fundador. La fundación no es de su propiedad, por lo que ya no es su propiedad la que cumple una función social, sino la fundación misma.

---

<sup>118</sup>PIÑAR MAÑAS, José Luis y REAL PÉREZ, Alicia; *Derecho de Fundaciones y la voluntad del fundador*. Editorial Marcial Pons. Madrid 2000

## 5 La constitución de la fundación (III): La carta fundacional

### 5.1. La Carta Fundacional

En la constitución de cualquier fundación pueden diferenciarse dos hechos característicos: uno, en el que se constituye el sustrato jurídico de la fundación; y, otro, en el que el ordenamiento jurídico reviste dicho sustrato de la forma de la personalidad jurídica. Ambos, no son necesariamente, ni siempre, dos períodos temporales que se sucedan cronológicamente. Ello depende del sistema concreto que se siga en cada ordenamiento jurídico para el otorgamiento del reconocimiento de la personalidad jurídica.

Existen por tanto requisitos genéricos para que toda fundación alcance la personalidad jurídica. En primer lugar se debe otorgar una escritura pública en la que se contenga la voluntad de los fundadores de crear la fundación. En segundo lugar, se debe proceder a su inscripción en el Registro de Fundaciones.

La carta fundacional es el negocio constitutivo de la fundación y, necesariamente debe contener la voluntad del fundador con independencia de que contenga otras manifestaciones dirigidas a poner de relieve la voluntad de fundar. Será necesario manifestar ante el notario la voluntad del fundador o fundadores dirigida a constituir la fundación. La finalidad de la escritura pública es contener la declaración de voluntad de constituir una fundación, adscribir un patrimonio a un fin y establecer, en su caso, una relación jurídica entre los fundadores. La dotación fundacional es el negocio constitutivo de la fundación cuando ésta se constituye por actos *inter vivos*.

Prácticamente la totalidad de la doctrina muestra su conformidad en constatar que la carta fundacional es un acto diferente del negocio de dotación por diferentes razones: en primer lugar, porque la fundación es un negocio jurídico patrimonial gratuito y la dotación no lo es; en segundo lugar, porque la dotación es solamente uno de los elementos de la fundación, no obstante sea el más importante y deba venir necesariamente acompañado de otras disposiciones como son, básicamente la declaración de la voluntad de fundar y la conformación de una determinada organización<sup>119</sup>.

Podemos constatar semejanzas e importantes diferencias entre las diferentes legislaciones respecto de la regulación de la carta fundacional:

---

<sup>119</sup> Siguiendo a ROCA TRIAS, ENCARNA; *Fundacions Privades catalanes*. Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública. Direcció General d'Associacions i Fundacions. Barcelona 1984. Págs. 59- 93.

- La Ley 1/1982 de 3 de marzo, de fundaciones privadas establecía que la carta fundacional determinaba el momento de adquisición de la personalidad jurídica de la fundación, siempre y cuando se inscribiera en el Registro de Fundaciones (artículo 6,1).

La ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, se pronunciaba en los mismos términos (artículo 6,2) y el Código Civil de Cataluña establece, en el artículo 331-1, que las fundaciones adquieren personalidad jurídica y quedan válidamente constituidas a partir de la inscripción de la carta fundacional en el Registro de Fundaciones.

- La Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas determinaba que la adquisición de los bienes que constituyen la dotación inicial se producía de conformidad con lo previsto en el artículo 7,1, en el momento de otorgar la carta fundacional de la fundación

El Código Civil de Cataluña, en la misma línea que la Ley de fundaciones 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, establece una dotación inicial necesaria, que no podrá ser inferior a 30.000 euros, y que deberá aportarse íntegramente con ocasión del otorgamiento de la carta fundacional, no obstante pueda incrementarse posteriormente de manera sucesiva.

Las leyes de fundaciones de ámbito estatal: Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General y la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (artículo 12), establecen, un régimen diferente de responsabilidad frente a terceros respecto de la fundación ya constituida; es decir, cuando se hubiera otorgado la carta fundacional pero ésta todavía no hubiera sido inscrita en el Registro de Fundaciones y, por lo tanto, no goce todavía de personalidad jurídica.

Esta cuestión suscitó y sigue suscitando una gran polémica, también en Cataluña. Según se desprendía del contenido del artículo 7,2 de la Ley de 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas era posible hablar de la existencia de fundaciones sin personalidad<sup>120</sup>.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña establecía un régimen diferente en cuanto a los sistemas de contratación y de

---

<sup>120</sup> Siguiendo a ROCA TRIAS, Encarna; Ibídem. Págs. 69 y ss.

responsabilidad de la fundación mientras ésta, aunque constituida, no obtuviera la personalidad jurídica, por no haber sido inscrita en el Registro. La misma Ley contemplaba en el artículo 12, la facultad atribuida a las personas fundadoras de una fundación o, en su caso, a las personas que ejecuten la voluntad del causante, de llevar a cabo cuantas actuaciones fueran necesarias, para la conservación de los bienes y los derechos que integran la dotación inicial y evitar así cualquier perjuicio a la actividad futura de la fundación. El artículo 13 regulaba exclusivamente el sistema de responsabilidad de la fundación por las obligaciones que se hubieran contraído antes de su inscripción en el Registro de Fundaciones; y a tal efecto señalaba que los créditos nacidos de las obligaciones que contrajera la fundación durante este periodo se harían efectivos sobre los bienes destinados a integrar el patrimonio fundacional y, en el caso de que éstos resultasen insuficientes, responderían solidariamente, las personas que hubieran contratado en nombre de la fundación.

En este periodo intermedio, la situación de la dotación se asemejaba a la de un patrimonio con titular interino o patrimonio de destino cuya situación mantiene en suspenso el derecho, confiándolo a un titular interino para proteger el contenido patrimonial e impedir la disgregación de sus elementos: se tenía en cuenta, el interés del futuro titular definitivo –la fundación– y el de los acreedores del patrimonio. El titular interino no es otro, que el ente autónomo al que la Ley 30/1994 de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés general denominaba *fundación en proceso de formación* que, aun careciendo de personalidad jurídica, es una organización autónoma a la que el ordenamiento jurídico le reconoce una cierta capacidad de derechos y obligaciones y que nacería plenamente a la vida jurídica, con capacidad jurídica y de obrar propia, cuando fuera inscrita en el Registro de Fundaciones<sup>121</sup>.

De este modo no queda otro remedio que estimar que la propia Ley considera a las fundaciones como organizaciones autónomas sin personalidad mientras no accedan al Registro –fundaciones en proceso de formación –, y que la ley admite la producción de importantes efectos jurídicos al respecto.

Se nos plantea aquí una posible cuestión: ¿será posible introducir una condición suspensiva en el negocio fundacional? Y, antes de responder, podemos formularnos una segunda cuestión: ¿Es posible y lícito introducir una

---

<sup>121</sup> Siguiendo a REAL PÉREZ, Alicia; “Las fundaciones en proceso de formación”.... op. cit.

condición suspensiva en el negocio fundacional y en consecuencia condicionar la eficacia del negocio fundacional a que la fundación sea inscrita en los mismos términos en que fue concebida por el fundador?.

- En la ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, el otorgamiento de la carta fundacional, determinaba la fecha de inicio de los efectos de la fundación (artículo 7). En el Código Civil de Cataluña sólo la inscripción determina el inicio de los efectos de la fundación.

Siguiendo un esquema clásico, podemos concluir que la regulación de la carta fundacional reúne tres elementos constitutivos cuya ausencia determinará que no se produzcan los efectos constitutivos de la fundación. Se trata de la determinación de los otorgantes, la forma y el contenido, lo que está previsto en el artículo 331-4 del Código Civil de Cataluña. No obstante, los elementos estructurales de la carta fundacional no se encuentran exclusivamente en el citado artículo, sino que hay que buscarlos también en otros, que configuran esta estructura.

#### **5.1.1 Otorgantes**

Según lo dispuesto por el artículo 331-3 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, lo más probable será que quien otorgue la carta fundacional sea el propio fundador; no obstante, puede no ser así ya que existe la posibilidad de que la carta fundacional sea otorgada por medio de un representante. En este caso, será necesario contemplar el supuesto de constitución *mortis causa* y el incumplimiento de la voluntad, supuestos ambos, en que la intervención del protectorado será decisiva.

En el caso de que sea el propio fundador quien otorga la carta fundacional, esta aparece como expresión de su voluntad. La existencia de vicios de la voluntad producirá que el negocio sea impugnado.

Se plantea también, si es posible, en el caso en que sea el propio fundador quien otorgue la carta fundacional, la revocación de la declaración anterior dirigida a constituir una fundación. En opinión de algunos autores, es posible distinguir entre el acto fundacional, que sería el otorgamiento de la carta fundacional, y la declaración de la voluntad de fundar, con o sin dotación. No existe ningún problema en admitir la revocación de la declaración anterior dirigida a querer constituir una fundación, porque



no existiendo carta fundacional no hay todavía negocio jurídico ni se ha producido por lo tanto el efecto traslativo de la propiedad de los bienes que integran la dotación<sup>122</sup>.

Aunque no está explícitamente previsto en el Código Civil de Cataluña ni lo estaba tampoco en la ley anterior, será posible otorgar la carta fundacional por medio de representantes ya que dicho supuesto no aparece prohibido.

Finalmente, llegaríamos al supuesto de las fundaciones constituidas por actos *mortis causa*, en las que la carta fundacional deberá ser otorgada por el ejecutor de la voluntad testamentaria o bien, por aquella persona a quien se le hubiera impuesto la carga de constituir la fundación. En este supuesto, en el que no coincide la persona del fundador con quien otorga la carta fundacional, se plantea la cuestión acerca de la posible existencia de vicios de la voluntad testamentaria, así como de vicios en los otorgantes.

Así, si el testamento o codicilo contiene un vicio de la voluntad o es nulo por cualquier otra causa, los ejecutores testamentarios no podrán constituir la fundación, ya que el acto en el que se declara la voluntad de constituir la fundación es nulo. La única posibilidad de que se pueda constituir una fundación cuando concurren estos defectos sería en el supuesto en que el testamento sea ineficaz por falta de la institución de heredero, supuesto éste en que el artículo 422,6 del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña prevé la conversión del testamento en codicilo, y entonces la dotación de la fundación puede ser considerada como un acto autónomo en relación con las otras disposiciones testamentarias, independientemente de la institución de heredero, subsistiendo la obligación de constituir la fundación con cargo a los herederos intestados o albaceas<sup>123</sup>.

El artículo 6,2 de la Ley 1/1982, de 3 de marzo de fundaciones privadas ya contemplaba el supuesto de que las personas designadas por el fundador para constituir la fundación por actos *mortis causa* no lo hicieran por cualquier motivo: en este caso, dicha omisión debería ser suplida por el protectorado; pero no se pronunciaba acerca del plazo en el que podría considerarse que las personas designadas habían incumplido su obligación.

El artículo 331-11 apartado segundo del Código Civil de Cataluña contempla específicamente la determinación del plazo concedido para otorgar la carta fundacional, y a tal efecto considera que las personas designadas por el causante

---

<sup>122</sup>Opinión de ROCA TRÍAS, Encarna; Ibídem. Pág. 69.

<sup>123</sup>ROCA TRIAS, Encarna; Ibídem. Pág. 70.

incumplen el deber de otorgarla de no haberlo hecho en el término establecido por el testamento o codicilo y, en el caso de que no se hubiera previsto un plazo determinado, en el plazo de un año a contar desde la muerte del causante.

El protectorado podrá requerir en su caso para que lo ejecuten, y en el caso de no ser atendido el requerimiento en el plazo de un mes, podrá instar a la autoridad judicial competente que le faculte a otorgar la carta fundacional.

Dicho artículo aparece reforzado por el artículo 336-2 apartado segundo, letra h), del Código Civil de Cataluña en el que se establece que corresponderá al protectorado *“suplir la falta de actuación de los fundadores o de los ejecutores de la voluntad fundacional, (...), en los casos en que la ley establezca esta modalidad de intervención”*

El Código Civil de Cataluña, contempla además, el mismo supuesto y solución en el apartado tercero del artículo 331-3. También en estos términos se pronuncia la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones al referirse a la constitución de una fundación por acto *“mortis causa”*, en el apartado cuarto del artículo 9.

Conviene precisar que en tal supuesto el protectorado sólo actúa como ejecutor, ya que la voluntad del causante de constituir una fundación ha sido expresada anteriormente por el mismo. Además, en este supuesto ni tan siquiera actúa como representante, ya que el artículo 331-3 del Código Civil de Cataluña al regular las modalidades de constitución, únicamente reconoce esta posibilidad de sustitución de los ejecutores, cuando la voluntad de fundar se hubiera expresado en un negocio *mortis causa*, ya que el fin que persigue es proteger el cumplimiento de la voluntad del causante. En el caso de que se trate de un acto *inter vivos*, esta posibilidad no sería de ningún modo oportuna, ya que resulta de una claridad meridiana, que si después de una manifestación del posible fundador de constituir una fundación, no se procede al otorgamiento de la carta fundacional, debe suponerse que ha existido una revocación.

### **5.1.2 Forma**

La forma de la carta fundacional, no plantea duda alguna a tenor de lo establecido por el artículo 331-4 apartado primero del Código Civil de Cataluña, que deberá ser en escritura pública. Se regula por tanto como forma *ad solemnitatem*, de modo que sin escritura pública, el negocio es nulo y no podrá inscribirse en el Registro.

En el caso de las fundaciones constituidas por causa de muerte en consonancia con la doble fase declarativa, se exigirá también una doble constancia formal: el testamento y la carta fundacional. La adopción de las formas testamentarias admitidas en el ordenamiento *“desembocará en el otorgamiento de la carta fundacional, punto de confluencia de la declaración del fundador y la actividad complementaria de los ejecutores, a partir de la cual comenzarán a desplegar determinados efectos”*<sup>124</sup>.

### 5.1.3 Contenido

El contenido de la carta fundacional aparece detallado en el artículo 331-4 del Código Civil de Cataluña. La ley catalana 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas en el artículo 8 ya contemplaba un contenido mínimo de la carta fundacional al señalar que *“la carta fundacional contendrá al menos...”*. La Ley de Fundaciones 5/2001, de 2 de mayo, por su parte, en el artículo 7, también fijaba el contenido mínimo de la carta fundacional.

El Código Civil de Cataluña, regula el contenido de la carta fundacional en unos términos muy similares a los de la ley anterior aunque introduce pequeñas variaciones; en concreto, en lo que se refiere a la designación de las personas que han de constituir el primer patronato. Mientras que en la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña se exigía que se hiciera constar la reserva del derecho si procede y la manera de designar y renovar a los miembros del patronato y los cargos de este órgano. El Código Civil de Cataluña, no considera necesario la mención en la carta fundacional de tales observaciones, que ya aparecen reflejadas en los estatutos pero, por otra parte, establece una obligación para los miembros del patronato que no exigía la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, cuando se trate de personas físicas, consistente en la declaración de forma expresa que no están inhabilitadas para ejercer cargos públicos o para administrar bienes, y que no han sido condenados por un delito de falsedad contra el patrimonio o bien contra el orden socioeconómico (artículo 331-4 e).

Del análisis del artículo se deduce que la inclusión de todos los elementos que se describen como contenido mínimo es imprescindible y se plantea como posible cuestión si en el caso de que la escritura no contenga alguno de los requisitos previstos deberá negarse su inscripción en el Registro.

---

<sup>124</sup>FERRER i RIBA, Josep; “El procés constitutiu d’una fundació en la llei catalana de 3 de març de 1982 de fundacions privades catalanes”. Revista Jurídica de Catalunya 1984. Pág. 1861 y ss.

Oportunamente deducimos que en el Registro no podrá inscribirse ningún acto que no reúna los requisitos establecidos en la Ley y otras disposiciones legales. La omisión de alguno de las referencias exigidas como contenido necesario de la carta fundacional podrá ser enmendada sin necesidad de otorgar un nuevo negocio; es decir, no obstante se deniegue la inscripción por este motivo, en virtud de que el contenido regulado es preceptivo y necesario, esto no comporta la nulidad del acto de otorgamiento, sino solamente la denegación de la inscripción y la posible enmienda del defecto por analogía como ocurre en el caso de la existencia de defectos enmendables de la escritura pública que se ha de inscribir en el Registro<sup>125</sup>.

Con todo, aun manteniendo la tesis enunciada, deberíamos llegar a una conclusión diferente cuando lo que falte sean los datos relativos a la voluntad de constituir una fundación y la dotación inicial.

En relación con la voluntad, porque si no hay voluntad o ésta está viciada no existe negocio jurídico, nos encontraríamos ante una escritura nula por defecto de voluntad y no por falta de algún elemento formal. En el caso de la constitución de una fundación por actos *inter vivos* el único medio existente para dejar constancia de la existencia de la voluntad fundacional será la carta fundacional y, por lo tanto, si ésta no existe, la escritura será nula, al no constar la voluntad de constituir la fundación<sup>126</sup>. En relación con la dotación inicial y siguiendo con el mismo argumento, la no descripción de los elementos económicos que la constituyen significará, la ineficacia del acto constitutivo, puesto que sin dotación no hay fundación, como se deduce del artículo 331-5 del Código Civil de Cataluña.

En conclusión, y de acuerdo con una parte importante de la doctrina, que compartimos, cuando falta alguno de los elementos señalados, nos encontramos ante defectos no enmendables que supondrán el otorgamiento de una nueva carta fundacional, en la que necesariamente deberán constar dichos elementos; o bien, si esta solución no fuera posible, deberá decirse que la constitución de la fundación ha resultado imposible. De este modo, podemos concluir, que en nuestro ordenamiento, como en otros muchos, existen tres elementos básicos para constituir una fundación: la voluntad de constituirla, el patrimonio y su organización<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup>De acuerdo con la opinión de ROCA TRIAS, Encarna; *Fundacions Privades catalanes*. op. cit. Pág. 74.

<sup>126</sup>ROCA TRIAS, Encarna. Ibídem. Pág. 73

<sup>127</sup>ROCA TRIAS, Encarna. Ibídem. Pág., 74

Algunos autores<sup>128</sup>, ya pusieron de manifiesto como la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, precisaba en el artículo 7, en el que se regulaba el contenido necesario de la carta fundacional, un párrafo semejante al del apartado segundo del artículo 11, en el que se recogía la posibilidad de que existan otros elementos organizativos previstos por el fundador. La Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, recogía esta posibilidad en el artículo 9 apartado tercero. No obstante, esta posibilidad se regulaba no sólo con una condición sino también con las consecuencias que podría conllevar su incumplimiento. La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña disponía en el artículo 11,2 que estas estipulaciones no podrán en ningún caso contradecir lo dispuesto en la ley, ya que en tal caso se declarará la nulidad en la resolución de la inscripción si no afectan a la validez de la constitución de la fundación, y si la afectan, serán causa de denegación de la inscripción<sup>129</sup>. El Código Civil de Cataluña no sólo no incluye este párrafo al regular el contenido mínimo de la carta fundacional sino que obvia su mención al regular el contenido de los estatutos de la fundación.

Los elementos fundacionales que exige el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, son los siguientes:

- *Las circunstancias de las personas fundadoras*

Las personas fundadoras pueden ser tanto personas físicas como jurídicas. En el caso de las personas jurídicas, ésta actuarán por medio de su representante, por lo que será necesario comprobar si el poder del órgano de la persona jurídica para constituir la fundación es suficiente, si constan los acuerdos del órgano correspondiente y, finalmente si este acuerdo se ha adoptado cumpliendo las normas y los estatutos de la persona jurídica de que se trate.

Es doctrina admitida que cuando exista más de un fundador existen tantos negocios fundacionales como fundadores intervienen<sup>130</sup>. En el caso de que exista una pluralidad de fundadores, las circunstancias de incapacidad que invalidarán el negocio fundacional afectarán solamente a aquel fundador que se vea afectado por ellas, con

---

<sup>128</sup>ROCA TRIAS, Encarna. Ibídem. Pág. 74

<sup>129</sup>ROCA i TRIAS, Encarna. Ibídem. Pág. 74

<sup>130</sup>RESCIGNO, Pietro: "Negozio privato di fondazione e atto amministrativo di riconoscimento", Editorial *Giuridica*, 1968, T.1. GALGANO, Francesco: "Delle persone giuridiche" en *Comentario del Codice Civile*, Editorial Zanichelli e Società Editoriale del Foro italiano. Bologna-Roma, 1969.

base al razonamiento de que, en caso de que exista más de un fundador, existirá más de un negocio.

Durante la vigencia de la ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas algún autor se planteó la necesidad de que constarán las circunstancias de los ejecutores testamentarios<sup>131</sup>. Sin embargo, otros discreparon respecto de la incorporación de esta alusión, aduciendo que la mención de dicha circunstancia no era necesaria puesto que el artículo 8.a de la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, disponía la comprobación de la capacidad de los fundadores para determinar la validez del negocio. Además, como que la actuación del ejecutor es muy similar a la del representante, la capacidad y el poder de disposición se han de examinar en relación al representado y no al representante<sup>132</sup>.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña siguiendo la opinión más arraigada, señalaba que en la carta fundacional debería hacerse constar no sólo las circunstancias personales de las personas fundadoras sino también las circunstancias de aquellas personas que ejecutan la voluntad del causante. El Libro tercero del Código Civil de Cataluña sigue la misma línea que su predecesora y contempla también esta obligación.<sup>133</sup>

- La expresión de la voluntad de constituir una fundación privada, el establecimiento de este requisito conlleva la sumisión a los preceptos de esta ley.

El objetivo de esta exigencia que puede parecer innecesaria por evidente, es que no exista la más mínima duda de que el objeto de la escritura es constituir la fundación y no otro tipo de persona jurídica u otro tipo de destino de bienes a un fin de interés general.

En cuanto a este requisito, cabe señalar que existen dos formas de manifestación: en negocio *inter vivos*, que por regla general coincidirá con la carta fundacional; o en negocio *mortis causa*, en cuyo caso podrá hacerse en testamento o codicilo.

Se plantea aquí como posible cuestión si existen límites a la voluntad de fundar. Del articulado de la ley se deduce que los únicos límites que aparecen en el Ordenamiento son los relativos a las finalidades de la fundación, que deberán ser lícitas y de interés

---

<sup>131</sup>FERRER RIBA, Josep; “El procés constitutiu d’una fundació...” op. cit. Págs. 1861 y ss.

<sup>132</sup>VILASECA i MARCET, Josep María. op. cit.

<sup>133</sup>FERRER RIBA, Josep; Ibídem. Pág. 1861 y ss.

general. No obstante, la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña añadió otro requisito que no aparece recogido en el Código Civil de Cataluña, consistente en que sus actividades beneficien a colectivos genéricos de personas.

La normativa estatal resulta mucho más explícita, en su regulación sobre los fines de la fundación respecto a la que efectúa el Código Civil de Cataluña. En primer lugar, porque no se limita tan solo a señalar que las fundaciones deben perseguir fines de interés general sino que señala varios ejemplos de lo que podrán considerarse fines de interés general. El listado de los fines de interés general señalados por la ley, en nuestra opinión, debe entenderse como *numerus apertus*.

En segundo lugar, porque la Ley de Fundaciones estatal, distingue entre finalidades y beneficiarios de la fundación, señalando como tales, en iguales términos que la ley catalana anterior, Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, a los colectivos genéricos de personas.

En tercer lugar, porque la ley estatal excluye explícitamente la posibilidad de constituir fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador, a los patronos o sus cónyuges o a personas ligadas con análoga relación de afectividad, y a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive; a pesar de que dicha exclusión se deduzca implícitamente al establecer que los beneficiarios de la fundación, serán exclusivamente colectividades genéricas de personas.

- La descripción de la dotación inicial

En este punto debemos partir de una premisa básica ya mencionada con anterioridad que radica en la máxima de que sin dotación no hay fundación y que la dotación es un negocio independiente en el sentido que requiere que se cumplan todos y cada uno de los requisitos establecidos para la disposición de los bienes que se vinculan a una fundación. Son varios, los artículos que tratan de la dotación y establecen como condición *sine qua non* que ésta debe consistir en una aportación de dinero, bienes o derechos susceptibles de valoración económica. Esta condición no sólo aparece en el artículo dedicado exclusivamente a la dotación sino que, vuelve a reproducirse en el artículo que regula la carta fundacional, ya que en ésta deberá constar la descripción de la dotación inicial.

En la carta fundacional deberá constar la descripción de la dotación inicial; si fuera en dinero, el importe de lo aportado, teniendo en cuenta el importe mínimo y si se trata de bienes, el título correspondiente y su valoración. Según alguna opinión, que

compartimos, es evidente que esto se hace para comprobar que el dotante tiene plenas facultades dispositivas y que los bienes que aporta le pertenecen. En definitiva la finalidad de la descripción de estos elementos en la carta fundacional persigue facilitar al Protectorado el control en el momento de la inscripción<sup>134</sup>.

Una vez otorgada por el fundador la escritura pública de constitución de la fundación, el negocio jurídico fundacional queda perfeccionado y deviene irrevocable, desplegándose desde ese momento todos sus efectos: por un lado, se produce el efecto personal, al aparecer ya la organización, dirigida por los patronos, la que se encargará de que la futura fundación cumpla el fin de interés general designado por el fundador; por otro lado, el efecto patrimonial, pues la dotación adquiere desde ese momento una autonomía propia, aunque no pasa a pertenecer a la fundación, como patrimonio personal, hasta que se produzca la inscripción.

- La designación de las personas que han de constituir el primer patronato

La ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones privadas, de Cataluña contemplaba la posibilidad de hacer constar en la carta fundacional, además de la designación de los miembros del primer patronato, la forma de renovar los miembros del patronato y los cargos de este órgano. Este añadido no aparecía recogido en la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas ni tampoco lo recoge el actual Código Civil de Cataluña, ya que como ha sido puesto de manifiesto, resulta reiterativo, al aparecer relacionado en el contenido preceptivo que deben contener los estatutos de la fundación.

En cuanto a la aceptación de los cargos podrá hacerse constar en la misma escritura o en otra, o bien en un documento privado con las firmas legitimadas.

## 5.2. La inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones

El proceso de constitución de la fundación finaliza con su inscripción en el Registro de Fundaciones. Esta inscripción debe ser efectuada por los patronos, por los fundadores, por las personas que han de ejecutar la voluntad del causante o, en su defecto, por el protectorado. Por ello, el Código Civil de Cataluña no prevé las consecuencias jurídicas de la no inscripción de la fundación, sino las consecuencias de la no instancia de la inscripción.

---

<sup>134</sup>ROCA TRIAS, Encarna. *Ibídem*. Pág. 74.



Los patronos han de solicitar la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones y, mientras que ésta no se perfecciona, deben hacer todo lo que corresponda para conservar los bienes del patrimonio inicial y facilitar la actividad futura de la fundación.

El Código Civil de Cataluña incorpora, de manera explícita, un nuevo requisito en relación con la solicitud de inscripción. Este requisito consiste en la previa acreditación, anteriormente a la inscripción, que han aceptado el cargo un número de patronos suficiente, de acuerdo con los estatutos, para constituir válidamente el patronato, actuar y adoptar acuerdos (artículo 331.4).

Esta incorporación se fundamenta en una enmienda presentada por parte del Grupo Esquerra Republicana de Cataluña durante la tramitación parlamentaria de la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña que proponía que, además de exigir que en la carta fundacional se designe a las personas que han de constituir el primer patronato de la fundación, se establezca como requisito que estas hagan efectiva la aceptación del cargo para el que han sido designados antes de que se presente la solicitud de la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones. No obstante, esta enmienda no fue contemplada por la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, que no establecía dicho requisito previo a la inscripción de la fundación.

El Código Civil de Cataluña recoge dicha aportación y, además, establece que hasta que no se practique tal acreditación, se suspenderá la tramitación de la inscripción y el término para practicarla.

La disposición transitoria segunda del Código Civil de Cataluña establece que todas aquellas solicitudes de inscripción de fundaciones presentadas antes de su entrada en vigor se aplicarán las disposiciones de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña salvo lo dispuesto en la disposición transitoria primera.

### 5.3 Funciones de suplencia

#### **5.3.1 Funciones de suplencia en el caso de no solicitud de la inscripción por parte de los patronos**

La obligación de los patronos respecto de la presentación de la escritura de constitución de la fundación, debe cumplirse en el lugar y tiempo señalado en la norma. El lugar será en el Registro de Fundaciones y el tiempo, según parece

deducirse de la norma, en el plazo de “*tres meses desde el otorgamiento de la carta fundacional*” (Artículo 331-11,1 Código Civil de Cataluña).

El Código Civil de Cataluña incorpora una novedad muy destacable en el caso de que no sea instada la inscripción de la fundación, y pudiéramos encontrarnos con patronos obstruccionistas: incorpora un artículo con el que resuelve manifiestamente esta contingencia, en el que establece que el protectorado podrá instar de oficio la inscripción de la fundación siempre y cuando le conste que se ha cumplido el requisito establecido para autorizar la inscripción de la fundación: este requisito consiste en que los patronos designados hayan aceptado válidamente el cargo.

En el caso de que no se hubiera cumplimentado dicho requisito, el protectorado debe requerir para que lo hagan a los patronos designados en la carta fundacional o en el acto de última voluntad. Si no lo hicieren en el plazo de un mes una vez efectuado dicho requerimiento, su designación habrá caducado y el protectorado debe requerir a los fundadores que designen nuevos patronos o que modifiquen los estatutos en el plazo establecido por el protectorado. Una vez vencido dicho plazo, el protectorado podrá nombrar sustitutos realizando de oficio las modificaciones previas necesarias de los estatutos y respetando, en la medida de lo posible, la voluntad del fundador; salvo en el caso que, de acuerdo con el acto de última voluntad, la carta fundacional o los estatutos de la fundación se deduzca que es preciso proceder de otra forma.

### **5.3.2 Funciones de suplencia en el caso de no presentación de la solicitud por parte de las personas designadas para ejecutar la voluntad del causante**

Las personas designadas por el causante para otorgar la carta fundacional deberán hacerlo en el término establecido por el testamento o codicilo; o, subsidiariamente, en el de un año, a contar desde la muerte del causante.

En el caso de incumplir dicho encargo, el protectorado podrá requerirles para que lo hagan y, si el requerimiento no fuera atendido en el plazo de un mes, podrá instar a la autoridad judicial para que lo faculte a hacerlo.

### **5.3.3 Deber de información por parte de los notarios actuantes**

Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones de suplencia, los notarios deben informar al protectorado del otorgamiento de las cartas fundacionales que sean consecuencia de disposiciones testamentarias de constitución de fundaciones por causa de muerte, mediante la remisión de una copia simple de la escritura pública.

## 5.4. Los Estatutos de la Fundación

Según el artículo 331-4 del Código Civil de Cataluña, en la carta fundacional deben constar los estatutos ajustados a las disposiciones del artículo 331-9 del Código Civil de Cataluña.

En el sistema catalán, es posible afirmar, según opinión de gran parte de la doctrina, que los estatutos crean la estructura organizativa de la fundación y forman parte del contenido de la carta fundacional, por lo que son uno de los elementos estructurales que han de existir para que la fundación sea lo que es: precisamente por esta razón, constituyen uno de los elementos básicos de la fundación, juntamente con el patrimonio y la voluntad de fundar<sup>135</sup>.

Los Estatutos constituyen la concreción fundamental de la voluntad del fundador en relación a la vida de la fundación. Esta función de los estatutos, común, a la que cumplen, respecto de otros tipos de personas jurídicas, tiene una singular transcendencia en el caso de las fundaciones. La fundación es un ente autónomo en cuanto a que es un ente con vida propia separada del fundador, pero no lo es en el sentido de tener plena capacidad de autorregular su funcionamiento. El funcionamiento y la organización se rigen por las reglas establecidas por el fundador en el acto de constitución<sup>136</sup>.

El artículo 331-9 del Código Civil de Cataluña establece el contenido mínimo de los estatutos, aquel que necesariamente habrá de constar, no obstante exista la posibilidad de que los otorgantes puedan incluir otros aspectos organizativos de la fundación. Por esta razón, el artículo citado, utiliza la expresión *al menos* cuando determina el contenido de los estatutos. Pero, contiene además, una norma abierta que permite la inclusión de cualquier estipulación del fundador que no contradiga los preceptos imperativos de la Ley.

El artículo 331-9 del Código Civil de Cataluña delimita el contenido mínimo de los estatutos pudiendo estructurar los elementos organizativos de la siguiente manera:

- Configuración externa de la persona jurídica fundación: es decir, determinación del nombre y del domicilio, así como la duración de la fundación.
- Finalidad fundacional

---

<sup>135</sup> Siguiendo a CAFFARENA LAPORTA Jorge; "La constitución de las fundaciones" op.cit. Pág. 125-146. Por ello se habla del carácter heterónomo de la fundación frente a la autonomía de los entes asociativos.

<sup>136</sup> ROCA TRIAS, Encarna. Ibídem. Págs. 75-76.

- Funcionamiento: o sea aplicación de los recursos, determinación de los beneficiarios, y la previsión del destino de los bienes y derechos sobrantes en caso de extinción de la fundación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 335-6.
- Gobierno de la fundación: estructuración de los organismos correspondientes así como sistemas de elección, cambio y finalmente destino del patrimonio en el caso de extinción de la fundación.

#### **5.4.1 Configuración externa de la persona jurídica**

El artículo 331-9 del Código Civil de Cataluña contiene cuatro exigencias relativas a este punto, la denominación la duración, las finalidades de la fundación y finalmente, el domicilio.

##### **5.4.1.1 La denominación**

La ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña exigía que además del nombre de la persona jurídica, la fundación contuviera necesariamente las palabras *fundación privada*.

La exigencia de que constara expresamente la expresión *fundación privada*, se debía relacionar con el artículo 6,3, que instituía que ninguna otra entidad de las sujetas a la Generalitat de Cataluña podrá utilizar el nombre de *fundación privada*. El término *privadas* aparecía incluso en el título de la Ley 1/1982 de 3 de marzo, de fundaciones privadas y pese a desaparecer del título de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña se mantenía en la definición (Art. 1.1 y 1.2) y seguía apareciendo lo largo de la Ley (Art. 2.1, 3.3, 6, 7, 11); sin embargo, desaparece en el Código Civil de Cataluña, tanto del título como de la definición de las fundaciones.

El Código, aplica en este punto, su carácter codificador, su regulación se extiende no sólo a las fundaciones privadas sino también a las fundaciones públicas, de manera que los Estatutos deben reflejar no sólo la denominación sino también la indicación de si se trata de una fundación pública o privada.

##### **5.4.1.2 La duración**

La exigencia de hacer referencia a la duración de la fundación en el momento de su constitución y en sus propios estatutos aparecía como una de las novedades que introdujo la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña que sin embargo, no contemplaba la ley 1/1982 de 3 de marzo, de fundaciones privadas. La previsión de dejar constancia en los estatutos de la duración de la fundación tenía a

nuestro parecer posible relación con la posibilidad de constituir fundaciones temporales. En relación con este asunto, el primer apartado del artículo 45 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, sólo hablaba de la extinción, por finalización del término para el cual fue constituida. En relación a este asunto, consideramos que deberían haberse fijado unos requisitos mínimos para evitar así, fundaciones fantasmas que desaparecían de repente: este aspecto ha sido solventado en el Código Civil de Cataluña, que introduce una regulación específica para las fundaciones temporales y exige que su duración deberá de ser suficiente para cumplir la finalidad de la fundación.

El Código Civil de Cataluña sigue exigiendo la constancia expresa de la duración de la fundación como parte del contenido mínimo de los estatutos.

#### **5.4.1.3 El domicilio**

El Código Civil de Cataluña exige que conste en los estatutos, el domicilio de la fundación; pero ya no es preciso, como ocurría con la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, que éste se encuentre situado dentro del territorio de Cataluña.

La constancia del domicilio en los estatutos de la fundación obedece a una triple finalidad.

- Dar publicidad a la existencia de la fundación; de la misma manera que la inscripción de los estatutos en el Registro, con indicación del domicilio, anuncia a los terceros que la fundación existe.
- Determinar la normativa aplicable a la fundación.
- El Estatuto de Autonomía de Cataluña determina la competencia legislativa de la Generalitat de Cataluña para dictar normas que regulen las fundaciones *que ejerzan sus funciones principalmente en Cataluña*. Esto significa que el criterio de asunción de competencias legislativas viene ligado con el ejercicio de una actividad y no con la sede material de la fundación<sup>137</sup>.

Esta es la misma idea que presidió el artículo 1 *in fine* de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones, de Cataluña cuando afirmaba que se rigen por esta ley *las fundaciones que ejerzan sus funciones principalmente en Cataluña*.

---

<sup>137</sup> Artículo 118,2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña 2006.

La regulación del domicilio planteó serias dificultades durante la vigencia de la ley anterior. Algún autor, cuestionó acertadamente si este planteamiento constituía una dicotomía, ya que era posible que existieran fundaciones que no tuvieran su domicilio en Cataluña pero que ejercieran sus funciones principalmente aquí<sup>138</sup>.

En la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, la utilización de los dos criterios más básicos en la determinación del domicilio; el material, utilizado en el artículo 11 y el sustancial, que utilizaba el artículo 1 provocaba serios problemas a la hora de utilizar el domicilio como criterio de aplicación de normas que precisamente constituye una de sus funciones.

De este modo, era necesario optar por el criterio territorial para determinar la normativa aplicable, y este criterio territorial sólo podía constatarse sabiendo que la fundación que se estaba constituyendo tenía su domicilio en Cataluña. La palabra domicilio debía entenderse en un sentido material, que es el que utilizaba el artículo 11,1 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña. No obstante, esto no excluía que otras fundaciones que no fueran catalanas en el momento de su constitución; es decir, que reglamentaran el acto fundacional por otra legislación diferente, debieran cumplir las normas catalanas relativas a su actuación si ejercieran sus actuaciones principalmente en Cataluña.

Además del anterior supuesto, podríamos plantearnos un segundo supuesto que se produciría en el caso de que la fundación constituida fuera de Cataluña, pasara a tener su sede y a ejercer sus funciones principalmente en Cataluña. En este caso cabría preguntarnos si se necesitaría un cambio de estatutos. Evidentemente, esta alternativa si bien era posible, no era obligatoria.

Otra parte de la doctrina entendió, que la obligación de que la fundación tuviera sus órganos de gobierno en Cataluña era muy conveniente para el ejercicio de las funciones del protectorado de la Generalitat, ya que era posible que tuviera que actuar a menudo, fuera del territorio catalán y, la sujeción a una u otra legislación se hacía basándose en la fijación del lugar donde la fundación realizara sus funciones. Con esta interpretación coincidían el domicilio real y el domicilio funcional, lo que se buscaba por razones prácticas<sup>139</sup>. No obstante, esta interpretación tampoco aclaraba la disfunción que se producía con la determinación del domicilio de la fundación.

---

<sup>138</sup> PUIG FERRIOL, Luis: *Institucions del Dret Civil de Catalunya*. Vol.II. Tirant lo blanc. Valencia 2002. Pág. 330.

<sup>139</sup> VILASECA i MARCET Josep M. "Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades". En Revista Jurídica de Catalunya. N. 1, 1983. Pág. 7 a 35.

En opinión de una parte importante de la doctrina, la exigencia de que el domicilio de las fundaciones sujetas a esta ley se encuentre situado dentro del territorio de Cataluña, resulta lógica por ajustarse a la norma supletoria sobre el domicilio de las personas jurídicas contenida en el artículo 41 del Código Civil, que es norma obligatoria y que coincide, también, con el artículo 5 de la ley de Sociedades Anónimas y 4 de la de las Sociedades de Responsabilidad Limitada. En definitiva, la norma de sujeción legal del estatuto y la de fijación del domicilio de la Ley catalana de fundaciones se conforman con la ordenación legal establecida en los artículos 9,11 y 16,1.1º del Código Civil sobre el estatuto de las personas jurídicas.

Por lo que respecta a la vecindad civil, podemos afirmar que los criterios anteriormente citados llevan a reconocer la vecindad civil de las fundaciones que tengan su domicilio en Cataluña; y la adquisición de vecindad civil catalana para una fundación comportará necesariamente que se apliquen las normas catalanas sobre fundaciones. Esta finalidad podría proporcionar un criterio en los casos de cambio de domicilio que se producirán siempre que la fundación pase a ejercer sus funciones principalmente en Cataluña. Entonces, según la opinión de una parte de la doctrina que compartimos, debería entenderse que ha cambiado su vecindad civil anterior<sup>140</sup>.

El criterio utilizado por el Código Civil de Cataluña para determinar la normativa aplicable, será el ejercicio de las funciones, el mismo que se utiliza en general en la legislación española para determinar el domicilio de las personas jurídicas; y así aparece en el artículo 41 del Código Civil estatal que, a falta de disposición propia sitúa el domicilio de la persona jurídica, en defecto de representación legal, “(...) *donde ejerzan las principales funciones de su instituto*”.

#### **5.4.2 Finalidad fundacional**

El Código Civil de Cataluña exige también que conste en los estatutos la finalidad fundacional, finalidad que a su vez, debe ajustarse a los principios que deben inspirar la actuación de la fundación; en cualquier caso, no se pueden constituir fundaciones con la finalidad principal de destinar las prestaciones a los fundadores, o a los patronos, a sus cónyuges o personas unidas por una relación de afectividad análoga, o a sus parientes hasta el cuarto grado, ni a las personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

---

<sup>140</sup>Siguiendo a PUIG FERRIOL, LUIS – ROCA TRIAS, Encarna. Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña. T IV. Vol. 2. Barcelona 1980. Págs. 87 y ss.

La exigencia de hacer constar la finalidad fundacional en los estatutos tiene por objeto la adecuación de las finalidades fundacionales a lo que establece el artículo 331-1 del Código Civil de Cataluña.

En relación con la finalidad de la fundación es evidente, que *“las finalidades de interés general excluyen todas aquellas que pretenden conseguir fines particulares y, en primer lugar, la obtención de lucro que es el interés de quien se lucra”*. Sin embargo, es posible sostener que es imposible que el fundador o los patronos busquen un lucro patrimonial o de cualquier otro tipo ya que *“los fundadores se desposeerán definitivamente de su patrimonio a favor de la finalidad de interés general y los patronos son unos meros administradores, unos servidores fieles de la finalidad”*<sup>141</sup>.

En atención a la finalidad, podemos afirmar de acuerdo con la opinión de doctrina autorizada, que la exigencia de una finalidad general, conlleva, que los beneficiarios de la fundación sean personas no individualmente determinadas, ya que de lo que se trata es de obtener la satisfacción de un interés colectivo. Por ello, podemos deducir que las fundaciones exclusivamente familiares no tienen cabida en la legislación catalana de fundaciones<sup>142</sup>.

Otro de los posibles problemas que se plantean, relacionado con la finalidad de la fundación, sería el relativo a la fundación empresa<sup>143</sup>. Siguiendo opiniones destacadas en la materia se entiende por *fundación empresa*, aquella que agota su propia finalidad y su propia actividad en el ejercicio de una empresa.<sup>144</sup> En Europa y especialmente en Alemania existen ejemplos importantes como la fundación Carl ZEIS o la SIEMENS.

Un asunto importante que consideramos conveniente mencionar es la manera en que una fundación puede compatibilizar la actividad económica y la finalidad de interés general. A este respecto podemos afirmar que el límite de la actividad económica que pueden desempeñar las fundaciones está en el hecho de que siempre deben encaminarse a la satisfacción de una actividad de interés general.

Este interés general puede definirse en un doble sentido. Desde un criterio formal, nos referimos a la amplitud de beneficiarios y es lo que posibilita que la fundación pueda

---

<sup>141</sup> Siguiendo a PUIG FERRIOL. – ROCA TRIAS, Encarna. Ibídem.

<sup>142</sup> VILASECA i MARCET Josep M. “Entorn de la legislació catalana...” op. cit. Pág. 7 a 35.

<sup>143</sup> Siguiendo a ROCA TRÍAS, Encarna: *La constitució de la fundació*. op. cit. Pág. 74

<sup>144</sup> Siguiendo a BARRAL VIÑALS, Inmaculada en “Fundación y empresa. Acerca de la actividad económica de las fundaciones”. Carta Civil, septiembre 2000. Pág. 6.



existir y la distingue de la asociación. Desde un criterio material, la ausencia de ánimo de lucro es lo que la separa de las sociedades civiles y mercantiles<sup>145</sup>.

No obstante, y en relación a este punto, es importante destacar que la fundación no pueda perseguir un interés particular no impide que pueda realizar actividades con las que obtenga dividendos, es decir, que sean rentables. En este sentido, cabría distinguir entre la persona jurídica cuya finalidad es de interés general y los instrumentos de los que se vale para cumplir esta finalidad: en este caso, la dinamización del patrimonio exige un criterio de rentabilidad que es el que permite el cumplimiento de la finalidad social.

La idea de rentabilidad, que justifica las actividades mercantiles de la fundación, permite que la fundación tenga un patrimonio dinámico y difícilmente se descapitalice. El único límite existente a la obtención de beneficios es la necesidad de invertirlos en la realización de la finalidad fundacional bajo las condiciones del artículo 333-2 del Código Civil de Cataluña; esto es, la obligación de destinar al menos el setenta por ciento de las rentas y otros ingresos netos anuales que se obtengan al cumplimiento de las finalidades fundacionales; el resto se ha de destinar o bien al cumplimiento diferido de las finalidades o bien a incrementar la dotación.

La frontera del interés general se encuentra en el hecho de no confundir nunca la finalidad con la actividad. La finalidad de la fundación es el cumplimiento de una actividad de interés general, para lo que está permitido realizar todo tipo de actividades económicas con ánimo de lucro en sentido objetivo, incluso directamente como empresa, siempre y cuando la actividad sirva a la finalidad de interés general.

La concepción de la fundación que subyace en toda la normativa española la aleja de la idea de fundación–empresa, que es una noción importada de la dogmática alemana, donde encaja con facilidad.

La actividad empresarial tenga o no relación con la finalidad fundacional, sea o no la actividad principal de la fundación, siempre debe ser un medio al servicio de una finalidad de interés general y no un fin en sí misma<sup>146</sup>.

Pero el Código Civil de Cataluña no se conforma tan sólo con la mención de la finalidad de la fundación en los estatutos, sino que incorpora una novedad importante, en cuanto a que la fundación deberá informar de las finalidades y además, de las

---

<sup>145</sup>VILASECA i MARCET, Josep M.; “Una Ley de Fundaciones Privadas “En Revista Jurídica de Cataluña. Vol. 76. Nº.3. 1977. Págs. 565-602.

<sup>146</sup>BARRAL Inmaculada; Ibídem. Pág. 7.

actividades que la fundación se disponga a llevar a cabo; también debe aludir a su ámbito territorial principal.

La fundación estará sometida a la supervisión correspondiente por parte del protectorado (Artículo 331.9 d del Código Civil de Cataluña).

### **5.4.3 Funcionamiento**

#### **5.4.3.1 Aplicación de los recursos**

El artículo 331-9 del Código Civil de Cataluña, que regula el contenido mínimo que deben contener los estatutos de la fundación, establece como uno de los elementos básicos de una fundación, el sistema de aplicación de los recursos a las finalidades fundacionales y la determinación de los beneficiarios.

En este apartado se trata de determinar cómo se distribuirán los recursos obtenidos con los bienes que constituyen el patrimonio de la fundación. Dicha disposición deberá relacionarse con el artículo 333-2 del Código Civil de Cataluña que establece la obligación de las fundaciones

*“(..) a destinar al menos el setenta por ciento de las rentas y los otros ingresos netos anuales que obtienen al cumplimiento de los fines fundacionales, y el resto se habrá de destinar o bien al cumplimiento diferido de estas finalidades o bien a incrementar los fondos propios de la dotación. El patronato ha de aprobar las formas de aplicación de este remanente”.*

Llegado a este punto, nos planteamos la posibilidad de que la fundación, con el fin de obtener los recursos económicos suficientes para cumplir las finalidades propuestas, invierta su capital en actividades empresariales.

En relación a esta cuestión, algún autor consideró que bajo Ley catalana 1/1982, de 3 de marzo de fundaciones privadas eran posibles dos situaciones: una, que la inversión consista en la adquisición de participaciones en una sociedad de cualquier tipo; y otra, que la empresa sea propiedad de la fundación directamente, supuesto que comprendía el texto literal del artículo 4,4 de la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas<sup>147</sup>.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña siguió contemplando las mismas situaciones en dos artículos dedicados exclusivamente a contemplar ambas

---

<sup>147</sup>VILASECA i MARCET: “Entorn de la legislació catalana...” op.cit. Págs. 7-35.

situaciones, dentro de la sección tercera del capítulo IV dedicado a regular las actividades económicas de la fundación.

El artículo 35 contemplaba así, la posibilidad de que las fundaciones puedan constituir sociedades o bien participar en el capital de sociedades que limiten la responsabilidad de los socios. El artículo 36 contemplaba la posibilidad de que las fundaciones puedan llevar a cabo directamente explotaciones económicas siempre y cuando éstas se constituyan para llevar a cabo el cumplimiento del fin fundacional.

El Código Civil de Cataluña sigue en este punto la misma orientación que la normativa anterior<sup>148</sup>, las fundaciones solo pueden constituir y participar libremente en sociedades pero en el caso que ello comporte la asunción de responsabilidad personal por las deudas sociales, se necesita la autorización previa del protectorado. También el Código contempla la posibilidad de que las fundaciones puedan llevar a cabo directamente explotaciones económicas, pero con los mismos requisitos previstos en la ley anterior.

En resumen, podemos incorporar el siguiente razonamiento que expone la situación con claridad:

*(...) la fundación precisamente por su fin predeterminado, quita a la empresa flexibilidad para acomodar sus objetivos a la coyuntura económica; para cada cambio fundamental – dice- habría de acudir a los complejos trámites exigidos para la alteración del fin fundacional. Poner la forma de la fundación al servicio de objetivos puramente económicos sería facilitar el posible abuso de la personalidad jurídica para móviles especulativos<sup>149</sup>.*

No obstante,

*(..) la fundación puede desarrollar lícitamente actividades que le reporten ventajas objetivas, lo cual no desvirtúa la intención benéfica que las impulsa en tanto se adscriban efectivamente al fin benéfico fundacional<sup>150</sup>.*

Según un sector de la doctrina<sup>151</sup> siempre es posible prever en los Estatutos la posibilidad de invertir el patrimonio de la fundación; o, por el contrario prohibir este tipo

---

<sup>148</sup> Artículo 35 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña.

<sup>149</sup> Siguiendo a LÓPEZ JACOISTE, Francisco Javier; “La Fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”. *Revista de Derecho Privado* 1965. Tomo XLIX. Pág. 567-609.

<sup>150</sup> LOPEZ JACOISTE, Francisco Javier. *Ibídem*

<sup>151</sup> Opinión de ROCA TRÍAS, Encarna. “La constitución de la nueva fundación” en *Fundacions Privades Catalanes*. Escola d’Administració Pública de la Generalitat de Catalunya. Barcelona 1984. Pág. 87.

de inversión. Pero, en el primer caso, la inversión en una actividad de este tipo deberá ser un medio indirecto y en ningún caso puede esconder la obtención de la finalidad esencial de la fundación, que deberá ser de interés general.

Otros autores <sup>152</sup> consideran, que la posibilidad de inversión en una actividad empresarial solamente se puede dar, cuando el patrimonio fundacional sea de tal magnitud, que la seguridad de las obligaciones derivadas del ejercicio de la actividad de que se trate, pueda ser cubierta por los réditos que produzcan otros elementos del patrimonio sobre todo, con la finalidad de hacer prácticamente imposible la eventualidad de la pertenencia a un sujeto diferente de la fundación.

#### ***5.4.3.2 La determinación de los beneficiarios***

La contemplación de la determinación de los beneficiarios dentro del contenido obligatorio de los Estatutos se pronostica como un medio para determinar el destino de aquellos beneficios que quedan indeterminados, en el momento de constituir la fundación. No obstante se establezca esta previsión, es preciso matizar, que la fundación no tiene en ningún caso el mismo funcionamiento que una sociedad. Esto es así, porque los beneficios de una sociedad rinden a la sociedad y a todos aquellos que han invertido el capital, mientras que la fundación exterioriza sus beneficios y los debe invertir en finalidades de interés general, ya que el patrimonio no pertenece a la sociedad sino que el patrimonio es la misma fundación.

De esta forma será preciso sustraer de la autonomía de la voluntad de los patronos y administradores, la determinación de los beneficiarios para conseguir la protección de la voluntad del mismo fundador, que contará con la garantía de que las finalidades que el fundador buscaba se cumplirán siempre. Con esta previsión se consolida la postura mantenida en esta tesis doctoral de que en nuestra legislación no son posibles las fundaciones empresa.

Otra cuestión interesante sería, la relativa a la posibilidad de que en el momento del acto fundacional exista un grupo determinado de personas indeterminadas personalmente, que tengan derecho a percibir las prestaciones que la fundación debe proporcionar para conseguir la finalidad de interés general; o bien, si es necesario, para establecer determinadas reglas para determinar los beneficiarios en cada caso concreto. A este respecto se considera que en ninguna de estas circunstancias es posible afirmar que los beneficiarios tengan una pretensión antes de su determinación, por las reglas establecidas en los estatutos.

---

<sup>152</sup> GALGANO, Francesco.: "Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica", Rivista.Trimestral. Diritto Pubblico, 1966. Pág.27.

Esta misma regla rige también, en otros sistemas, donde los beneficiarios carecerán de cualquier acción para demandar la prestación prevista: únicamente podrán hacerlo después de la determinación y por los medios establecidos en los estatutos de la fundación. No obstante, es preciso que existan reglas para determinar los posibles beneficiarios, ya que, si no, nos encontraríamos en un supuesto de interiorización de beneficios, y conllevaría la transformación *de facto* de una fundación en una sociedad.

#### **5.4.4 Gobierno de la fundación**

El Código Civil de Cataluña incluye dentro del contenido de los estatutos, todos aquellos aspectos relacionados con la composición, designación y renovación del cargo, así como la duración del mandato de los patronos. Los estatutos también deben contemplar el régimen de convocatoria de las reuniones, la forma de deliberar y de tomar acuerdos, así como la forma en que se han de aprobar las actas de los órganos de gobierno. Además, deberán relacionarse las funciones que asumirán.

La letra h del artículo 331-9 introduce, dentro del contenido de los estatutos, un nuevo apartado, consistente en la incorporación de las disposiciones que se consideren pertinentes para evitar conflictos entre el interés de la fundación y los intereses personales o profesionales de los patronos.

El contenido de este apartado aparece como una novedad que introduce el Código Civil de Cataluña, puesto que la ley 5/2001, de 2 de mayo, no lo contemplaba como contenido a incluir en los estatutos de la Fundación. Esta previsión, a nuestro entender, resulta muy satisfactoria y oportuna, en la medida en que pone de manifiesto cómo se resolverán los posibles conflictos entre fundación e intereses personales de los patronos desde el momento de la constitución de la fundación.

Válganos este apartado para introducir un tema tan novedoso y actual como es el de la mediación civil y mercantil; el legislador catalán como otros autonómicos también ha incorporado una ley de mediación, la Ley 15/2009, de 22 de julio de Mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña. La mediación de acuerdo con el apartado segundo del artículo 1 de la citada Ley, puede definirse como *método de resolución de conflictos que pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance*.

El rechazo injustificado a la mediación por una o ambas partes puede ser interpretado por el tribunal como un indicio probatorio de carácter contractual, contrario a sus pretensiones<sup>153</sup> o incluso como un acto de mala fe procesal<sup>154</sup>

Los conflictos que son objeto de mediación tienen como esencia o como continente, lo jurídico<sup>155</sup>, tratándose de conflictos jurídicos o en relación al supuesto que nos ocupa: conflictos de intereses regulados por el derecho y cuya solución requiere la aplicación de normas jurídicas por afectar a terceros o al mismo Estado que debe dar cobertura a la solución adoptada, puesto que de la misma pueden surgir derechos, acciones y pretensiones.

Asimismo, se prevé dentro del contenido de los estatutos, la regulación del destino de los bienes y derechos sobrantes, para el posible supuesto de extinción de una fundación; con la precisión que tal regulación, deberá efectuarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 335-6 del Código Civil de Cataluña.

Dicha norma, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 335-6 del Código Civil de Cataluña, pretende evitar que cuando los otorgantes de la carta fundacional hayan previsto la posibilidad de extinguir la fundación, no puedan establecer el retorno de los bienes sobrantes a favor del propio fundador, de su familia, o de otras personas, sino que:

*“(...) se entienda que la adscripción de un patrimonio a una finalidad general afecta definitivamente a este patrimonio a la obtención de fines similares y no pueda volver a una actividad privada, pudiendo deducirse que el fundador dona siempre de manera incondicional, sin que sea posible establecer condiciones o términos en el negocio jurídico de dotación<sup>156</sup>.*

La posibilidad de extinción de las fundaciones, de la que habla la ley catalana, alude claramente a lo que en términos de sociedades mercantiles se conoce como *disolución* seguida de liquidación.

---

<sup>153</sup> En el Reino Unido se han producido algunas declaraciones jurisprudenciales en tal sentido, por tribunales de segundo grado, es decir, por tribunales y jueces, de superior categoría y edad.

<sup>154</sup> Siguiendo a VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos; VALL RIUS, Ana María. “Comentaris i reflexions sobre la regulació de la mediació familiar en el Dret civil de Catalunya”. En: Revista Jurídica de Catalunya. Núm. 2 (2003). Pág. 333-359

<sup>155</sup> La mediación en Cataluña es una institución no jurisdiccional, lo que no significa que no pueda existir la mediación judicial o jurisdiccional si la ley así lo estableciera.

<sup>156</sup> Siguiendo a VILASECA MARCET Josep Maria; *Una ley de fundaciones privadas* op.cit. Pág. 61 y ss.

La extinción en sentido estricto, comporta una liquidación; es decir, la realización de un activo en la medida necesaria para pagar las posibles deudas de la fundación. Pero, en el supuesto de la liquidación de una fundación, no se trata, como en el caso de las sociedades, de transformar en dinero todo el activo para repartir el metálico entre los socios. En este caso no hay socios, así que no hay que repartir patrimonio alguno; pero, una vez pagadas las deudas, el remanente, bien en dinero o bien en bienes de cualquier naturaleza, deberá ser destinado en la forma prevista por la ley.

Los estatutos podrán prever el destino de los bienes sobrantes, en el caso de extinción de la fundación, sujetándose a las distintas posibilidades de destinación que la ley catalana ofrece y que aparecen contempladas en el artículo 335-6 del Código Civil de Cataluña.

Nuevamente sorprende, -como ya ocurría con la anterior Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña- la posibilidad de destinar bienes, entre otras, a una entidad privada sin ánimo de lucro. La ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, introdujo tal posibilidad en virtud de una enmienda aprobada por el Parlamento ya que la misma no aparecía en el anteproyecto redactado por los juristas.

Consideramos, que la posibilidad que la ley concede a las entidades privadas sin ánimo de lucro para ser destinatarias de los bienes, es contradictoria con la filosofía que impregna e impregnaba las anteriores leyes de fundaciones privadas catalanas y el nuevo Código Civil de Cataluña: la fundación tiene un carácter permanente y tan solo por circunstancias excepcionales y sobrevenidas pueden extinguirse; en este caso, sus bienes, no pueden regresar a dominio privado.

La posibilidad de que las entidades privadas sin ánimo de lucro puedan ser destinatarias de los bienes sobrantes de una fundación una vez producida su extinción, se contrapone con esta exigencia, no sólo por la naturaleza de la entidad que, aunque no tengan ánimo de lucro, hay que pensar que desarrolla unas actividades de interés público similares a las fundaciones; sino porque, a través de su disolución, los bienes pueden volver a propiedad privada al ser adjudicados a los socios de la entidad después de su realización.

Naturalmente, y establecida la posibilidad de prever en los estatutos la destinación de los bienes sobrantes, en caso de extinción de la fundación, es posible que los propios estatutos excluyan la posibilidad de que tales bienes vayan a parar a una entidad privada.

Algún sector de la doctrina había ya planteado la duda de si el artículo 34,2 de la Constitución en relación con el 22,2 y 22,4 del mismo texto legal, exigía, en todo caso, la intervención judicial para disolver una fundación, sustrayendo así esta competencia de la Administración –protectorado<sup>157</sup>.

Pero los autores que mantienen esta teoría se apresuran a negar esta interpretación, al entender que la intervención judicial tan sólo es necesaria cuando se trate de fundaciones que persigan finalidades o utilicen medios tipificados como delito; por ello, a su vez se cuestionan, cómo se puede pensar que existan fundaciones de estas características. Por lo tanto, la remisión del artículo 34 al 22, que trata de las asociaciones, es poco afortunada<sup>158</sup>.

La actual ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en su artículo 11, dedicado a la regulación de los estatutos, no prevé que dentro del contenido mínimo de los estatutos se contemple el destino de los bienes y derechos sobrantes en previsión a la posible extinción de la fundación; no obstante y dentro del apartado segundo, el mismo artículo contempla la posibilidad de que los estatutos contengan cualquier disposición o manifestación de la voluntad del fundador que no sea contraria a la ley; ya que, en caso de que los estatutos contuvieran alguna disposición de esta clase se denegará la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones.

La anterior ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña incluía en el artículo dedicado a la regulación de los estatutos de la fundación, un segundo apartado en el que se decía, que si los estatutos incluyeran cualquier disposición que contradiga la ley, se declarará su nulidad en la resolución de inscripción, si no afectan a la validez de la inscripción; y si la afectan, serán causa de denegación de la inscripción.

La determinación de lo que afecte a la validez constitutiva es importante, ya que si no afecta a la validez, la fundación se tendrá por constituida y las disposiciones del fundador pueden quedar sin efecto, mientras que, si afecta a la validez, el fundador está facultado para volverse atrás de su decisión, dejando sin efecto la fundación.

---

<sup>157</sup>BADENES GASSET, Ramón; "Regulación legal de las fundaciones: algunas consideraciones críticas del Derecho español", *Revista de Derecho privado* 1979. Volumen 63. Núm. 2. Pág. 219 a 229.

<sup>158</sup>BADENES GASSET, Ramón. *Ibidem*.



Existía alguna opinión favorable<sup>159</sup> respecto de la conveniencia de este apartado, al considerar que la ley establecía un papel distinto a la voluntad del fundador del que se reconocía anteriormente; ya que aún cuando la ley concede una posibilidad importante al fundador para determinar cuáles van a ser las reglas que presidirán la vida de las fundaciones y las normas de organización de la fundación, sin embargo, junto a ello hay una serie de aspectos muy importantes en los que la ley prima el interés general que toda fundación persigue y a la colectividad interesa sobre la voluntad de quien la creó.

Otros autores, sin embargo, opinaron al respecto, que el texto no dice qué disposiciones afectan a la validez constitutiva de la fundación. Consideran, por ello, que el texto se refiere a la escritura de constitución, no a los problemas de la validez del acto fundacional que derivan de la falta de capacidad o de la forma del negocio<sup>160</sup>.

La ley no indicaba expresamente qué es lo que afecta a la validez constitutiva. Indudablemente, afectarían a esa validez los defectos de capacidad o de falta de interés general de los fines, insuficiencia de la dotación o falta de los requisitos formales establecidos por la ley para la constitución. Fuera de estos casos, el defecto en cuestión no afectaría a la validez constitutiva de la fundación, sino que, de afectar, lo sería a la validez o no de alguna disposición concreta.

Es preciso interpretar este apartado<sup>161</sup> en el sentido de que existen unos extremos que la escritura de constitución y, en concreto los estatutos deben mencionar y otros, a los que el fundador tiene la facultad de referirse. Respecto a la falta de mención o el hecho de que lo dispuesto por el fundador sea contrario a algún precepto legal, estos extremos impedirán la inscripción de la fundación pero no producirán la nulidad del acto fundacional sino que simplemente será preciso que se complemente la escritura de constitución. En cambio, en relación con aquellos extremos que formen parte del contenido necesario de la escritura de constitución, la disposición sobre ellos contraria a la ley supondrá la nulidad.

El razonamiento anterior implica que el fundador pueda elevar a categoría de requisito de validez constitutiva cualquier decisión contenida en los estatutos o en la escritura de constitución, si lo estima como condición suspensiva de dicha constitución. Esta

---

<sup>159</sup> BADENES GASSET, Ramón; "Crítica del derecho positivo español en relación con las fundaciones", en *Hacia un estatuto de las fundaciones en España*. Centro de Fundaciones. Madrid 1979.

<sup>160</sup> REAL PÉREZ, Alicia; "Entorno a la Ley de Fundaciones y de incentivos fiscales" en "Encuentro de Toledo", publicado por el Centro de Fundaciones, Pág.59.

<sup>161</sup> Siguiendo a CAFFARENA LAPORTA, Jorge; "La Constitución de las Fundaciones" en *Comentarios...* op.cit. Págs.125 -132.

práctica, que se utiliza con frecuencia en la constitución de fundaciones, evitaría la inscripción de la fundación, pese a que el Registro o el protectorado considerasen alguna cláusula concreta contraria a la ley en su informe previo; y consiguientemente, en virtud de la condición, el fundador podrá aceptar lo manifestado por el Registro o dejar sin efecto la donación.

El nuevo Código Civil de Cataluña prescinde en la regulación de los estatutos de este segundo apartado.

## **5.5. Adaptación de los Estatutos**

La Disposición Transitoria Primera del Libro tercero del Código Civil de Cataluña dispone que las fundaciones ya constituidas, que quedan sujetas a las disposiciones del Libro tercero, deban adaptar los estatutos y deben inscribir esta adaptación en el registro correspondiente. El plazo que se concedía era de tres años a contar desde la entrada en vigor de esta ley. La Ley 5/2011, de 19 de julio, de modificación de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas (DOGC de 21 de julio de 2011), amplía el período de adaptación de los estatutos de asociaciones y fundaciones que finalizaba el 2 de agosto de 2011. Este plazo resultaba del todo insuficiente para que las entidades pudieran aprobar y presentar, si procede, las adaptaciones estatutarias correspondientes: el plazo se ampliaba hasta el 31 de diciembre de 2012.

Todas aquellas fundaciones que no adaptasen los estatutos y no inscribieran esta adaptación en el plazo establecido, no podrían obtener subvenciones de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

La adaptación de los estatutos se disciplinaba como una obligación de los patronos y se considera como un incumplimiento grave de las obligaciones propias del cargo de patrono por lo que el Protectorado podrá ejercitar las acciones legales que correspondan contra ellos.

### **5.5.1 Materias objeto de adaptación**

Las materias que deberán ser objeto de adaptación a tenor de lo establecido en la Disposición transitoria primera son:

- a) La Denominación (Artículo 331-9 a del Código Civil de Cataluña); debe contener la palabra *fundación* y la indicación de si es pública o privada.

- b) La introducción de las disposiciones pertinentes para evitar conflictos entre el interés de la fundación y los intereses personales o profesionales de los patronos  
las personas con funciones de dirección  
los empleados de la fundación (Artículo 331-9 h del Código Civil de Cataluña)
- c) La duración indefinida del cargo de patrono (Artículo 332-5.3 del Código Civil de Cataluña): La duración del cargo de patrono y la de los cargos que los patronos pueden poseer en el patronato debe ser establecida por los estatutos. Esta duración puede ser indefinida, si las personas fundadoras lo han establecido así en los estatutos.

#### **5.5.2 Novedades que introduce el Código Civil de Cataluña que sólo se activan si han sido previstas en los Estatutos**

Algunas de las normas que se incluyen cumplen una función facilitadora del funcionamiento de las personas jurídicas y se activan sólo cuando la entidad lo ha previsto estatutariamente, como las que permiten:

- La celebración de reuniones a través de los siguientes medios:
  - Videoconferencia
  - Otros medios de comunicación, siempre que quede garantizada la identificación de los asistentes, la continuidad de la comunicación, la posibilidad de intervenir en las deliberaciones y la emisión del voto (Artículo 315.2 del Código Civil de Cataluña).
- Posibilidad de adoptar acuerdos sin celebrar una reunión (Artículo 312-7 del Código Civil de Cataluña).
- Emisión del voto por correspondencia postal, comunicación telemática o cualquier otro medio, siempre que queden garantizados los derechos de información y de voto; y quede constancia de la recepción y del voto, para garantizar su autenticidad.

## 6 El órgano de gobierno de la fundación: El patronato

### 6.1 Consideraciones Generales

Las fundaciones, como todas las personas jurídicas, necesitan de órganos para manifestar su voluntad y ejercitar sus poderes. Inexcusablemente, todas las fundaciones deben contar por lo menos con un órgano de gobierno que recibirá el nombre de patronato. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 331-9, apartado f) del Código Civil de Cataluña, deberán figurar en los estatutos las siguientes menciones: la regulación del patronato con la indicación del número de miembros y la manera de designarlos y renovarlos; el término del mandato de los patronos, el régimen de convocatoria de las reuniones, la manera de deliberar y tomar acuerdos y, el procedimiento de aprobación de la actas.

El patronato se regula en el Código Civil de Cataluña, como un órgano necesario de toda fundación que recibe como competencia esencial, *el gobierno y representación de la fundación*. La imposición por parte del fundador del cumplimiento de un fin conlleva la imposición de una actividad, respecto de la cual, la afectación de los bienes tiene un carácter instrumental. Sin asignación patrimonial no puede haber liberalidad pero para hacer efectiva la liberalidad de modo continuado, hace falta una organización. Podemos afirmar que la fundación es una organización válidamente dada a un patrimonio, cuya administración tiene por objeto cumplir el fin a que se destine dicho patrimonio<sup>162</sup>. El fin, no se ciñe a un sujeto determinado, sino que se convierte en social y permanente, y necesita de un querer que lo actualice de modo sucesivo. La voluntad fundacional tiene virtud creadora, pero desaparece con la vida del fundador; por eso hace falta una voluntad duradera que actualice ese fin, esto es, un órgano institucional: el patronato.

Analizando el enunciado del artículo 332-1.1 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, cabe deducir, aunque no con la nitidez necesaria, la idea de que la estructura orgánica de una fundación es susceptible de acoger otros órganos, además del protectorado. Obsérvese que el precepto se limita a señalar que *“el patronato es el órgano de gobierno de la fundación, a la cual administra y representa, de acuerdo con la ley y los estatutos”*. Con este enunciado, sólo es posible concluir como indiscutible que no habrá fundación sin patronato pero tal afirmación no implica que la fundación sólo haya de tener como único órgano al patronato.

---

<sup>162</sup> Siguiendo a De CASTRO Y BRAVO, Federico; *La persona jurídica*. op. cit. Pág. 293.

Ante este asunto tan complejo es oportuno reiterar que el legislador ha confiado a la autonomía de la voluntad del fundador o del propio patronato, la creación de otros órganos.

No obstante, la creación de otros órganos junto al patronato en una fundación no puede separarse de las características singulares de la fundación. Parece obvio que una estructura orgánica compleja sólo puede predicarse de grandes fundaciones con una actividad relevante en el contexto de una determinada sociedad o país, fundaciones provistas de una importante dotación o que desarrollan actividades empresariales sin perjuicio del cumplimiento del interés social. Fuera de este ámbito, cabe suponer que las fundaciones desarrollan su actividad razonablemente con la sola presencia del patronato.

Consideramos que es conveniente destacar que el patronato como órgano ejecutor del fin no decide con autonomía absoluta, no es soberano sino sirviente, ya que sólo puede actuar en el sentido funcional marcado por el fin que ha previsto el fundador. Esta funcionalidad, que debe informar y guiar la voluntad del patronato, la convierte en una voluntad institucional y objetivada<sup>163</sup>.

Nos interesa destacar como contrariamente a la manifestación anterior en la que insistiremos, los artículos 332-1 a 332-12 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña que regulan el órgano de gobierno de la fundación, no imponen explícitamente al patronato la obligación de actuar con fidelidad a la voluntad del fundador en la realización de sus actividades.

La cuestión planteada al respecto de la omisión de los artículos 332-1 a 332-12 del Código Civil de Cataluña, en relación con que el patronato debe actuar de conformidad con la voluntad del fundador, cobra una mayor relevancia a la luz del artículo 335-1 del Código Civil de Cataluña, donde, como ya indicamos -y en ello profundizaremos más tarde-, se permite no sólo al patronato apartarse de la voluntad del fundador, para modificar cualquier extremo de los estatutos, sino incluso convenir dicha modificación – con la autorización del protectorado- en contra de la voluntad expresa del fundador. Esta última posibilidad es difícil de compaginar jurídicamente con lo preceptuado en el artículo 332-11 que dispone cómo, aparte de por otras causas que no importan en relación al asunto que se analiza, *“los patronos responden de los daños que causen a la fundación por incumplimiento de la ley, los estatutos o por actos u omisiones negligentes en el ejercicio de sus funciones”*.

---

<sup>163</sup>ZANGARA, Vincenzo: *La rappresentanza istituzionale*. Editorial Cedam. Padua 1952. Págs. 255-281.

Como contrapeso a todo lo anterior el Código Civil de Cataluña deja un margen bastante amplio a que el fundador pueda regular en los estatutos el régimen del órgano de gobierno, previendo que dentro del contenido mínimo de los estatutos deban figurar

*“(…) las reglas sobre organización y funcionamiento del patronato que deben indicar su composición, forma de designación y renovación de los miembros, duración del mandato de los patronos, régimen de convocatoria de las reuniones, forma de deliberación y adopción de acuerdos y procedimiento de aprobación de las actas”.*

Conviene destacar también que, no obstante el artículo 332-1.1 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña establezca con carácter expreso que el patronato es el órgano de gobierno de la fundación y que es quien la administra y representa, no ocurre lo mismo en la Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre, donde pese a haberse puesto de manifiesto, en repetidas ocasiones, como en la asignación de tareas que hace el artículo 14,1 al patronato, se hace con carácter exclusivo. Sin embargo, el tenor literal de la ley parece pronunciarse en sentido contrario a la exclusividad; así se dice que, en toda fundación, deberá existir un órgano de gobierno y representación de la misma pero no se dice que el patronato sea el órgano de gobierno y representación de la fundación.

A esta conclusión cabría formularle algún reparo sobre la base de la consideración de órgano superior de la fundación porque esta interpretación obvia que la condición de órgano superior aparece circundada y, en buena medida, justificada, por la intervención de dos sujetos más relevantes que dicho órgano: el fundador, que puede limitar en el negocio fundacional las atribuciones del patronato, dando entrada a otros órganos de gobierno y representación de la entidad y, el legislador, que podría haber limitado expresamente las atribuciones del patronato y a la vez crear otros órganos en el texto legal, señalando a cada uno de ellos sus particulares competencias.

El Código Civil de Cataluña dedica expresamente un capítulo a la organización y funcionamiento de la fundación, donde se ocupa exclusivamente de la regulación del patronato. Mientras que la estructura de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, en relación a este tema, era sustancialmente diferente, ya que dedicaba expresamente un capítulo, en concreto el Capítulo II, a la regulación del patronato, y con gran acierto dividía el capítulo en dos secciones: la primera dedicada expresamente al patronato, donde lo considera como el órgano de gobierno y representación de la fundación, y la sección segunda dedicada a la regulación del

cargo de patrono: el nombramiento, la aceptación y la duración del cargo, así como las obligaciones y responsabilidades que implica, la posible delegación de facultades, la retribución y el cese en el cargo.

Comparando la nueva sistematización del patronato en el Código Civil de Cataluña con la anterior normativa, podemos deducir que no se atribuye a este órgano el mismo status que parecía otorgarle la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña. El nuevo Código configura al patronato como la forma de organizarse y de funcionar que adopta la fundación.

La Ley estatal de fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, no divide el capítulo en secciones, pero dedica el artículo 14 a definir el patronato como órgano colegiado y, a continuación, los artículos 15, 16, 17 y 18, hacen referencia a la regulación de los patronos. De la regulación del patronato se desprende, que la fundación, como persona jurídica y como organización, precisa de un órgano que permita su actuación en el tráfico; ese órgano de administración debe asumir, por lo tanto, una serie de funciones en relación con la fundación.

El órgano de gobierno de toda fundación deberá tener las facultades necesarias para la realización del fin fundacional. Podemos afirmar que se trata de una fórmula en cierto modo equivalente a la de la competencia del consejo de administración de la sociedad anónima, sobre todas las cuestiones que se refieren al giro y tráfico de la empresa.

El artículo 331-4 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, señala que, para ser fundador, la carta fundacional debe contener al menos, los siguientes extremos: *la denominación, el domicilio y la nacionalidad de los fundadores*. No es infrecuente que, en una fundación creada *inter vivos*, el fundador se reserve la presidencia del patronato, o bien, que designe a una persona de su exclusiva confianza para que lo presida.

El Código Civil de Cataluña introduce sustanciales novedades no sólo en lo que se refiere a la sistematización, sino también en cuanto al contenido de la regulación del patronato. En primer lugar, el artículo 332-1 del Código Civil de Cataluña define al patronato, como el órgano de gobierno y representación de la fundación, mientras que la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, una vez definido el patronato procedía a regular las funciones que le correspondían como órgano de gobierno y le confería la potestad de llevar a término toda clase de actos y negocios jurídicos en nombre de la fundación, del mismo modo que como órgano de

representación le atribuye la potestad de actuar en el ámbito jurisdiccional con las únicas limitaciones que resulten de la ley y de los estatutos.

La atribución al patronato, el gobierno y representación de la fundación, como dos facultades diferentes, obliga a constreñir el significado de ambas. Por lo que se refiere a la administración de la fundación, parece adecuado atender a la noción mercantil, como actividad que no excede de la organización de la persona jurídica.

En cuanto a la facultad de gobierno, puede entenderse básicamente en dos sentidos. En un sentido estricto, y dentro de la noción de administración, el gobierno es tanto el derecho y el deber de aplicar las normas legales y estatutarias por las que se disciplina la vida de la persona jurídica, sometiénolas a la necesaria interpretación, como impulsar a los demás órganos sociales para el cumplimiento de sus respectivas funciones. Así configurado, el ejercicio del gobierno no incide en línea de principio sobre la estructura corporativa o financiera de la fundación, y comprende la función típica del ápice estratégico de toda organización.

En un sentido amplio, el gobierno integra también lo que se ha dado en denominar iniciativa empresarial<sup>164</sup> o actividad normativa<sup>165</sup>, en el régimen jurídico de la sociedad anónima, o gobierno supremo en el régimen jurídico de las cajas de ahorro<sup>166</sup>.

Una atenta consideración de las funciones que se encomiendan al patronato en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña evidencia la acepción del gobierno en este segundo sentido. Es posible decir que el gobierno de la fundación como competencia exclusiva del patronato consiste en la administración o dirección cuando no afecta a su estructura organizativa.

Es posible cuestionarse entonces, por una parte, si en el seno de la fundación, la asunción por otros órganos de alguna de las competencias señaladas excluye la intervención del patronato y, por otra, si es posible atribuir a otro órgano, funciones distintas de las anteriores. Como ya ha sido puesto de manifiesto, algún autor planteaba la posibilidad de una pluralidad de órganos de gobierno, sugiriendo la distinción entre el patronato (órgano necesario) y otros órganos posibles

---

<sup>164</sup> Siguiendo a MASSAGUER FUENTES, José; "La estructura interna de los grupos de sociedades" *Revista de Derecho Mercantil*, año 1989, núm. 192, Pág. 281-325.

<sup>165</sup> Siguiendo a GIRÓN TENA, José; *Derecho de Sociedades, tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*. Editorial G.T. Madrid 1976. Pág. 724

<sup>166</sup> La Asamblea General de las Cajas de Ahorro se atribuye al supremo órgano de gobierno de la entidad integrado, entre otras, por facultades de carácter normativo, como la aprobación y modificación de los estatutos y reglamentos, la disolución y liquidación de la entidad, la aprobación, en su caso, de la gestión del consejo de administración, memoria, balance anual y cuenta de resultados, así como la creación y disolución de obras benéficas sociales.



(secundarios); al primero correspondería la globalidad de la representación y administración de la fundación y a los segundos, básicamente funciones ejecutivas<sup>167</sup>.

A partir de una interpretación literal<sup>168</sup>, podría contraponerse la existencia del patronato como órgano de gobierno y representación de la fundación a la de un órgano que asuma su dirección. La diferente atribución competencial no representa una voluntad de crear esferas de competencia propias y exclusivas de cada órgano de la fundación. Esta contraposición únicamente se justifica por razones de carácter organizativo y no comporta un desplazamiento de la competencia del patronato, respecto de aquellos asuntos concernientes a su dirección, como función distinta en sentido estricto de la de gobierno. La responsabilidad de los patronos ante la fundación que el artículo 21 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones privadas, de Cataluña, establecía por los daños y perjuicios que causaren por actos contrarios a la ley o a los estatutos, actos con culpa y negligencia y por actos que comporten un incumplimiento de sus obligaciones, permitía afirmar con contundencia la competencia concurrente del patronato aunque se hubiera encomendado a otro órgano la dirección de la fundación.

La ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, señalaba que cualquier fundación debía contar "*por lo menos con un órgano de gobierno, con el nombre de patronato*" (artículo 11), por lo que en principio no excluía la existencia de gobiernos compartidos. No obstante, existía una interpretación distinta a ésta que entendía cómo, entre el órgano encargado del gobierno y administración de la fundación y el órgano encargado de su gestión, existiría una relación de cierta subordinación<sup>169</sup>. En este contexto adquiere una importancia singular la delimitación con claridad en los estatutos fundacionales de las facultades y competencias de cada órgano, de donde resultará su posición relativa y los cauces concretos por los que deberá realizarse la cooperación entre ellos.

Esta posición se consolida en la ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, que igual que el Código Civil de Cataluña, recoge la posibilidad de contemplar en los estatutos, además de la existencia de un patronato como órgano de gobierno y representación de la fundación, la regulación de otros órganos de la fundación y las funciones o las facultades que han de asumir.

---

<sup>167</sup> DEL CAMPO ARBULO, José Antonio; *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y ...* Págs. 169-170

<sup>168</sup> Siguiendo a VALERO AGÚNDEZ, Urbano; *La fundación como forma de empresa*. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones. Valladolid, Prólogo de José Girón Tena, (1969). Pág. 500

<sup>169</sup> VALERO AGÚNDEZ, Urbano. *Ibidem*. Pág. 376 y ss.

En definitiva, al patronato corresponden, las funciones de gobierno, y representación de la fundación. La posibilidad que el Código contempla de delegar determinadas facultades, permite en este contexto superar los inconvenientes que tradicionalmente se habían señalado en relación con esta particular forma de organización para un caso más concreto, cuando la fundación tuviera un cuadro de actividades fuera del ámbito de empresa, entendiéndose que no podría atenderse a actividades tan diversas por medio de un solo órgano fundacional.

En términos generales, puede hablarse de un amplio margen de libertad en los Estatutos para la determinación del número de patronos y para la organización y administración a través del patronato (designación y sustitución de sus miembros, cese de los mismos, forma de deliberar y tomar decisiones), sin perjuicio de las normas rigurosamente imperativas en puntos o aspectos concretos, como en el caso de las causas legales de cese de los patronos o la necesidad de autorización para actos de disposición.

La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, modifica el apartado 1 del artículo 312-3 que forma parte del Título I, que establece las Disposiciones Generales, y dispone, que los órganos colegiados están compuestos como mínimo por tres miembros, y han de tener al menos una persona con el cargo de presidente y otra con el de secretario, incorporando como novedad que éste último cargo podrá corresponder a una persona que no tenga la condición de miembro del patronato, en cuyo caso, podrá intervenir en las reuniones sin derecho a voto y, tendrá el deber de advertir acerca la legalidad de los acuerdos y de los actos que pretendan adoptar o realizar.

El Proyecto de Ley de Modificación del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas introducía además, una importante novedad en relación a la igualdad de oportunidades, dando lugar a un nuevo apartado en este artículo, donde se establecía que en la composición de los órganos colegiados se deberá procurar una presencia equilibrada de hombres y mujeres. Sin embargo, la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña ha eliminado este nuevo apartado tan acorde con la transversalidad y la introducción de la perspectiva de género en todos los ámbitos, de acuerdo con las políticas comunitarias.

El principio de libertad de los estatutos en orden a la organización y funcionamiento del patronato, en el marco del Código Civil de Cataluña, se deduce claramente del artículo 331-3 en relación con el artículo 332-1 y particularmente, del artículo 332-8 al señalar

que *“los patronos deben ejercer sus funciones con la diligencia de un buen administrador, de acuerdo con la ley y los estatutos, y servir al cargo con lealtad a la fundación, actuando siempre en interés de ésta”*.

En líneas generales, en relación a la organización y funcionamiento del patronato, a partir de lo dispuesto en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, es posible deducir, hasta donde alcanza la autonomía de la voluntad, cuáles son sus límites operativos y qué criterios son de aplicación en defecto de norma estatutaria específica.

## 6.2 La actuación del patronato y la voluntad del fundador

La nueva regulación de las fundaciones establece una serie de restricciones a la autonomía de la voluntad del fundador que anteriormente no existían.

En primer lugar, el patronato es un órgano colegiado, y aunque, evidentemente el fundador puede reservarse un puesto como patrono, incluso vitalicio, no podrá tomar en solitario las decisiones concernientes al gobierno de la fundación. Aunque podría actuar individualmente por delegación del patronato, es conveniente recordar que ciertos actos no son delegables (Artículo 332-1.3 e). Podemos citar, entre los actos que no son delegables, los siguientes: la modificación de los estatutos; la fusión, escisión o disolución de la fundación; la elaboración y aprobación del presupuesto y cuentas anuales; los actos de disposición de bienes que tengan un valor superior a una vigésima parte del activo de la fundación; la constitución o dotación de otra persona jurídica; la fusión, escisión y cesión de todos o una parte de los activos y pasivos; la disolución de sociedades u otras personas jurídicas y, los que requieren autorización o aprobación del protectorado. La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, modifica la letra h del apartado 3 del artículo 332-1 y añade que tampoco serán delegables la adopción y la formalización de una declaración responsable y añade además la letra i) La adopción y formalización de las declaraciones responsables.

No parece que el Código impida al fundador que se reserve en los estatutos funciones de asesoramiento o colaboración con la fundación, incluso podría reservarse facultades en orden a la renovación del patronato y control de su funcionamiento, o la modificación de estatutos o la fusión de la fundación con otra u otras <sup>170</sup>. Evidentemente, el papel que se reserve en modo alguno podrá vulnerar el Derecho imperativo de fundaciones o impedir la actuación del patronato, cuando ésta se ajuste

---

<sup>170</sup> Opinión que comparte DE PRADA GONZÁLEZ, José María; “Los estatutos y su modificación” en la *Revista de Derecho Privado y Constitución*. Núm. 8, 1996. Pág.104-105.

a la ley, ni tampoco incidir, alterar o excluir los controles legales del protectorado sobre la fundación.

En segundo lugar, el artículo 332-8 del Código Civil de Cataluña que regula el ejercicio de las funciones de gobierno, no impone explícitamente al patronato la obligación de actuar con fidelidad a la voluntad del fundador en la realización de sus actividades; no obstante, sí le obliga a ejercer sus obligaciones con la diligencia de un buen administrador, de acuerdo con la ley y los estatutos, y a servir el cargo con lealtad a la fundación, actuando siempre en interés de esta. Y aunque esta obligación se puede presuponer porque el artículo 332-1 del Código Civil de Cataluña preceptúa que *“el patronato es el órgano de gobierno de la fundación, a la cual administra y representa de acuerdo con la ley y los estatutos”*, no hubiera estado de más que de algún modo hubiera hecho constar expresamente, la obligación de respetar la voluntad del fundador al regular el patronato.

### 6.3 Gobierno de la Fundación

Partiendo de la atribución al patronato del gobierno de la fundación, como facultad distinta de la representación y con el fin de determinarlo de un modo más exacto, parece adecuado, atender a la noción mercantil de administración, como actividad que no excede de la organización de la persona jurídica.

La actividad de gobierno aparece referida a aspectos de la estructura organizativa de la fundación que exceden de la mera realización de los fines fundacionales.

#### 6.3.1 Actividad normativa

Según la más autorizada doctrina mercantil, dentro de la llamada actividad social se distingue, entre actividad gestora y actividad normativa del contrato social. Mientras la primera aparece referida a la actividad de promoción del fin social, la segunda se refiere básicamente a la configuración jurídica de la sociedad<sup>171</sup>.

Bajo la referencia de la actividad normativa es preciso destacar diversos aspectos de la organización de la fundación que afectan directamente a sus elementos constituyentes; en concreto, la organización estructural se refiere a la modificación, fusión, extinción y liquidación de la fundación.

Parece oportuno destacar que, mientras en el ámbito societario estas funciones son atribuidas exclusivamente a los socios y no al órgano de administración, entendiéndose que quienes soportan el riesgo de empresa deben controlar también

---

<sup>171</sup> GIRÓN TENA, José, *Derecho de Sociedades*....Ibídem. Págs. 724 y ss.

las decisiones fundamentales<sup>172</sup>, en la fundación, la posibilidad de establecer normas por las que deberá regirse la persona jurídica precisa el respeto de la voluntad organizadora del fundador dentro del marco de los límites que el legislador establece. No obstante, y dado que la fundación, una vez constituida se separa de la voluntad del fundador, parece lógico pensar que todas aquellas decisiones fundamentales, deberán adoptarse por aquellos a quienes corresponde la realización de los fines fundacionales, es decir, el patronato (artículo 15,2 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña y artículo 332-8 del Código Civil de Cataluña).

El Código Civil de Cataluña reconoce a favor del patronato, la facultad de modificar su régimen mediante acuerdo (artículo 335-1, en relación con los estatutos; artículo 332-1 apartado segundo, en relación con la delegación de facultades; artículo 335-2, en relación con la fusión de las fundaciones; artículo 335-3 apartado segundo, en relación a la escisión de una fundación; artículo 335-4 en el caso de que la disolución sea por la causa del cumplimiento íntegro o por la imposibilidad de cumplimiento y artículo 335-5 apartado segundo, en relación con el procedimiento de disolución de la fundación).

Se distingue así entre la modificación de los estatutos (artículo 335-1) y la fusión, extinción y liquidación como modificaciones de la estructura de la fundación (artículos 335-2, 335-4 y 335-5 del Código Civil de Cataluña). Sustancialmente, tales modificaciones alteran el régimen de la fundación sin alterar su contenido negocial mínimo, aunque dada su relevancia se establecen una serie de cautelas: se exige el acuerdo de las fundaciones interesadas en el caso de fusión (artículo 314-1.1), se prevé la oposición del protectorado por estrictas razones de legalidad, ajenas, por consiguiente, a valoraciones sobre la oportunidad de la modificación de estatutos y de la fusión (artículo 335-1 apartado segundo, artículo 335-2 apartado tercero) y, se requiere su aprobación en los casos de modificación de estatutos (artículo 335-1, apartado segundo), fusión de fundaciones (artículo 335-2 apartado segundo), escisión (artículo 335-3, apartado segundo), extinción (artículo 335-5, apartado segundo) y destinación del patrimonio (artículo 335-6, apartado segundo).

No puede dejar de mencionarse el papel asignado al protectorado en el Código Civil de Cataluña, en detrimento, en algunos casos de la autoridad judicial en relación con estas operaciones con el fin de tutelar el interés general afectado por el ejercicio de la actividad fundacional. Así, el Código prevé, que el protectorado podrá requerir, si una

---

<sup>172</sup> ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, 1994. "Estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada" *Revista de Derecho de Sociedades*, número extraordinario "La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada" Págs. 384-449.

o dos fundaciones no pueden cumplir su finalidad fundacional o se encuentran con dificultades graves, para cumplirla, que se fusionen con otra fundación que cumpla finalidades análogas y hubiera manifestado su conformidad al protectorado.

La ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, contemplaba la posibilidad de que el protectorado instara a la autoridad judicial del domicilio de la fundación afectada para decretar la fusión de aquellas fundaciones que no puedan cumplir sus fines por sí mismas cuando sean análogos y exista oposición de sus órganos de gobierno, siempre que no lo haya prohibido el fundador (artículo 43.3 Ley 5/2002, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña).

También observamos este refuerzo cuando contempla la posibilidad del protectorado de instar a la autoridad judicial para que se decrete la extinción de la fundación si en los supuestos legalmente previstos, no fuera acordada por el patronato (artículo 335-5 apartado segundo del Código Civil de Cataluña), o, una vez acordada, no fuera ratificada por el Protectorado (artículo 335-5, apartado tercero del Código Civil de Cataluña).

#### ***6.3.1.1 Modificación de los estatutos***

##### **6.3.1.1.1 Presupuestos materiales**

La modificación de los estatutos es una facultad del patronato ejercitable cuando lo exija el interés de la fundación ante el cambio de circunstancias del entorno en el que desarrolla su actividad (artículo 335-1 apartado primero del Código Civil de Cataluña). La modificación se convierte en un deber cuando las circunstancias hayan variado de tal manera que la fundación no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus estatutos (artículo 335-1 apartado tercero del Código Civil de Cataluña).

La preocupación por la conservación de la fundación en un contexto en el que sea imposible la realización del fin fundacional (artículo 335-1.3 del Código Civil de Cataluña) determina la atribución al protectorado de la facultad de llevar a cabo la modificación necesaria, de tal forma que si el patronato no realizara la modificación que las nuevas circunstancias requieren, el protectorado de oficio o a instancia de quien tenga interés legítimo podrá acordar la modificación que proceda.

La intervención del protectorado en la modificación de los estatutos de la fundación, prevista en el Código Civil de Cataluña de igual manera que en la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña presenta destacables diferencias respecto a la regulación que hace de la misma cuestión la Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

La ley catalana requiere como requisito *sine qua non* para la modificación de los estatutos, la aprobación del protectorado, señalando además, que en caso de denegación, el protectorado deberá hacerlo mediante una resolución motivada y que sólo puede efectuar en unos supuestos determinados (artículo 335-1 apartado segundo). La Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, por el contrario, califica la notificación al Protectorado, como una mera comunicación, no obstante, le atribuye la posibilidad de oponerse a la misma, por razones de legalidad y por acuerdo motivado en el plazo de los tres meses siguientes a contar desde la notificación del correspondiente acuerdo del patronato, según lo dispuesto por el artículo 29 apartado cuarto de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

A partir de la diferente regulación de ambas legislaciones, es posible deducir, que mientras en la ley estatal no parece que el acuerdo de modificación deba ser aprobado por el protectorado, sino que el acuerdo es eficaz desde el momento de su adopción y mientras no exista oposición por parte del protectorado. Se trata, por tanto, a nuestro juicio, de una regulación flexible que posibilita una modificación eficiente de los estatutos sin las trabas propias de un sistema de autorización, al tiempo que garantiza de modo eficaz la continuación de la vida de la fundación. De la regulación de la ley catalana resulta que el acuerdo del patronato sólo será eficaz a partir del pronunciamiento del protectorado a favor o en contra de la modificación estatutaria<sup>173</sup>, de lo que se desprende, una vez más, la supremacía de la Administración sobre la autonomía de la voluntad particular, en materia de fundaciones, en la legislación catalana.

Fuera de estos casos específicamente previstos y de los casos en que la modificación se hubiera prohibido por el fundador, la intervención del protectorado únicamente se reconoce, para oponerse o formular objeciones por razones de legalidad a la modificación estatutaria que se propone (artículo 335-1 apartado segundo del Código Civil de Cataluña).

Es evidente que, en este contexto, no es irrelevante la apreciación de la voluntad del fundador y en este sentido si se hubiera prohibido la modificación, será necesaria la previa autorización del protectorado para adecuar los estatutos a las nuevas circunstancias en interés de la fundación. Por consiguiente, el acuerdo del patronato sólo será eficaz transcurrido el periodo de tiempo determinado sin oposición del protectorado, a menos que, anteriormente se hubiera pronunciado expresamente a su

---

<sup>173</sup>Siguiendo a CAFFARENA LAPORTA, Jorge; "Comentarios a los artículos 36 a 39" en AA VV, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y...* op.cit.. Págs. 65-84, 95-102 y 239-285.

favor, en opinión de destacados autores en la materia, la superación de la prohibición del fundador, mediante la autorización del protectorado, “*comporta una verdadera expropiación de la voluntad de los fundadores, que se sustituye ahora por el criterio del órgano político de control*”<sup>174</sup>. Es interesante señalar que en la legislación vasca sobre fundaciones (artículo 31), la voluntad del fundador se refuerza significativamente de tal manera que su prohibición impide la modificación de los estatutos sin la posibilidad de salvaguarda de la actuación del Protectorado.

Entre ambos extremos son posibles ciertamente situaciones intermedias. El fundador puede establecer requisitos materiales y formales para que se lleve a cabo la modificación; por ejemplo, exigir un determinado quórum para la adopción de ciertos acuerdos.

#### **6.3.1.1.2 Presupuestos Formales**

Desde un punto de vista formal se exige, además de la comunicación al protectorado de la modificación, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de Fundaciones. Si la modificación hubiera sido prohibida por el fundador, deberá justificarse que el nuevo tenor de los estatutos, permitirá un mejor cumplimiento de los fines fundacionales.

#### **6.3.1.2 Fusión de fundaciones**

##### **6.3.1.2.1 Presupuestos materiales**

La fusión representa una manifestación de la iniciativa reconocida al patronato, siempre que redunde en beneficio de la fundación. El patronato está facultado para proponer y acordar la fusión con otra fundación, siempre que resulte conveniente para el interés de la fundación (artículo 335-2 apartado primero del Código Civil de Cataluña). Con esta facultad que se atribuye al patronato de la fundación, la iniciativa privada podrá valerse de un instrumento jurídico adecuado para llevar a cabo la reasignación de recursos sin previa liquidación de las fundaciones.

No obstante, también en este caso, se prevé la intervención del protectorado tanto en el supuesto de aprobación de la fusión, como en el supuesto de oposición al acuerdo de fusión, por estrictas razones de legalidad. El Código Civil de Cataluña también autoriza al protectorado a instar la resolución judicial de fusión, en el caso de que una o varias fundaciones no puedan cumplir sus finalidades fundacionales o se encuentren

---

<sup>174</sup>Según DURÁN RIVACOBÁ, Ramón; *El negocio jurídico fundacional*. Aranzadi, Pamplona 1996. Pág. 452.



en graves dificultades para cumplirlas y esta situación no pueda enmendarse por medio de una modificación estatutaria.

Los presupuestos de la intervención judicial se establecen de forma acumulativa: que alguna de las fundaciones no pueda cumplir los fines por sí misma, que éstos sean análogos, que se oponga a la fusión cualquiera de los órganos de gobierno de las fundaciones afectadas y que no lo hubiera prohibido el fundador. Al respecto de la prohibición del fundador, es preciso destacar que en el Proyecto de la Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, inicialmente propuesto, no se recogía esta consideración; no obstante, el Grupo Popular presentó una enmienda donde proponía que *la posibilidad de fusión entre dos o más fundaciones será posible siempre y cuando no conste la voluntad contraria del fundador*<sup>175</sup>. En estos términos se sistematizó en la Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, y en los mismos se continúa la regulación en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña.

A nuestro entender, si bien la intervención judicial resulta justificada en las operaciones de fusión por comportar al menos la extinción de una de las fundaciones que se fusionan, no parece sin embargo justificado, limitar su alcance a los supuestos en que no lo hubiera prohibido el fundador.

De igual manera se pronuncia la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que autoriza también al protectorado, para requerir a la fundación que se fusione con otra de fines análogos, aunque establece la misma condición que la ley catalana, *siempre que el fundador no lo hubiese prohibido*. En caso de que éste se opusiere, podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la fusión. Opinión contraria sostenía algún autor respecto a esta cuestión, al considerar que si el fundador hubiera prohibido la fusión, el protectorado no podría instar judicialmente la fusión y habría de procederse a la extinción de la fundación<sup>176</sup>. El respeto a la autonomía de la voluntad del fundador es también destacable en relación a esta cuestión.

Destacable resulta también la modificación que introduce la Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre, donde se excluye sin más la fusión, si la hubiera prohibido el fundador. En este punto, la Ley anterior (artículo 29 de la Ley 30/1994 de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General) había recibido la crítica unánime de la doctrina al

---

<sup>175</sup>Enmienda de Modificación Núm. 151, presentada por el Grupo Popular al Proyecto de ley de fundaciones privadas, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña el 15 de mayo del año 2000.

<sup>176</sup>CAFFARENA LAPORTA, Jorge;"Comentarios a los artículos 36 a 39" en AAVV *Comentarios a la Ley...* op.cit. Págs. 65 y ss.

permitir la fusión voluntaria, incluso habiéndola prohibido el fundador, previa autorización del protectorado y siempre que resultase conveniente en interés de las fundaciones afectadas.

#### **6.3.1.2.2 Presupuestos Formales**

Con acierto, el Código Civil de Cataluña, de igual forma que la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, prevé la comunicación y aprobación del protectorado de los acuerdos de los correspondientes patronos respecto a la fusión de las fundaciones; también establece que deberá adoptarse por acuerdo motivado del patronato, y exige una exposición razonada del interés que tiene para las fundaciones implicadas.

La fusión requiere además de forma *ad solemnitatem* ya que deberá formalizarse en escritura pública, excepto en el caso en que tuviese lugar por resolución judicial y, en cualquier caso deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones.

#### **6.3.1.3 Extinción de la fundación**

##### **6.3.1.3.1 Presupuestos materiales**

El acuerdo del patronato sigue siendo condición necesaria para la extinción de una fundación (artículo 335-3 apartado segundo Código Civil de Cataluña) y sólo se producirá en los supuestos previstos en el artículo 335-4 del Código Civil de Cataluña, donde se regulan las posibles causas de extinción.

La necesidad del acuerdo del patronato se justifica porque a éste corresponde la actividad normativa. Sin embargo, el acuerdo del patronato no será condición suficiente para llevar a cabo la extinción de una fundación: el acuerdo habrá de ser en todo caso ratificado por el protectorado, y puede decirse que de tal ratificación depende su eficacia extintiva. Únicamente en el supuesto de que la fundación se extinga por haber expirado el término para el que fue constituida, no será necesario el acuerdo motivado del patronato y ratificado por el protectorado.

Difícilmente podrán exonerarse los patronos de la responsabilidad por los daños y perjuicios que se causen por la demora en la declaración de extinción de la fundación si no se adopta el acuerdo en el plazo establecido. A falta de acuerdo o de ratificación y por la relevancia del interés a que se afecta un patrimonio, la extinción requerirá resolución judicial motivada instada por el protectorado o por el patronato, según los casos.

Respecto de la extinción de la fundación, es interesante reflexionar acerca de la iniciativa individual de los patronos en relación con la posibilidad de instar la resolución judicial de extinción. Aunque, difícilmente puede admitirse la iniciativa de los patronos en este supuesto y en otros en que no se hubiere adoptado el acuerdo de extinción, nada impide, que a título individual, los patronos se dirijan al protectorado con el fin de que este solicite la correspondiente resolución judicial. También es posible que el patronato hubiera acordado la extinción pero el acuerdo no hubiese sido ratificado por el protectorado; en este caso, a nuestro parecer y según lo dispuesto en el apartado e) del artículo 335-4 del Código Civil de Cataluña, debe reconocerse, sin duda, la iniciativa de los patronos para instar ante los tribunales la declaración de extinción de la fundación.

En cuanto a las posibles causas de extinción de la fundación, puede afirmarse que la realización del fin fundacional, es el supuesto típico de disolución de las fundaciones constituidas para la realización de una determinada obra. No obstante, actualmente no es frecuente que el fundador haya establecido un fin fundacional concreto y de tal naturaleza que permita su plena realización: puede pensarse entre otros supuestos en la fundación creada para la construcción de un colegio, la ayuda a una región afectada por una catástrofe natural. Sin embargo, la extinción en éstos y otros supuestos análogos es una consecuencia que puede evitarse mediante la oportuna modificación estatutaria del fin fundacional.

La imposibilidad de realización del fin fundacional puede venir determinada por causas estructurales o funcionales y ha de ser total o permanente. Entre las primeras, puede ser causa de extinción de la fundación, la sobrevenida insuficiencia y falta de adecuación de la dotación para el cumplimiento de los fines fundacionales (artículo 335-4 b). Esta causa de disolución puede argumentarse en base a la existencia del principio de adecuación entre la dotación y las necesidades financieras de la actividad fundacional, puesto que, en virtud de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 47, cabe deducir, que corresponde al protectorado velar en todo momento por la integridad y suficiencia de la dotación. La extinción de la fundación por causas estructurales puede evitarse mediante la modificación estatutaria del fin fundacional, la fusión con otra fundación, o con la realización de las aportaciones necesarias para que la dotación resulte adecuada al fin que se pretende realizar. De lo que se deduce, que el legislador ha pretendido que el efecto extintivo sólo se produzca en la medida en que no proceda la modificación o fusión con otra fundación. En el supuesto de que la causa de extinción sea la imposibilidad de realizar el fin fundacional, se ha de justificar

la improcedencia o la imposibilidad de modificar los estatutos o de fusión con otra fundación para que el protectorado pueda ratificar la extinción.

Entre las segundas, puede señalarse la imposibilidad de funcionamiento del patronato, bien por falta de miembros, o bien porque los mismos no se ponen de acuerdo para actuar. El artículo 332-6 del Código Civil de Cataluña faculta al Protectorado a nombrar nuevos patronos o bien a instar la disolución de la fundación si faltan todos los miembros del patronato por cese, renuncia, muerte, imposibilidad o cualquier otra causa.

Es preciso resaltar, para apreciar la gravedad de la hipótesis, que la paralización permanente del patronato puede comportar también la paralización de la actividad de la fundación para la realización de sus fines. No obstante, cuando la paralización del patronato pueda ser causa de extinción de la fundación, esta se podrá evitar con el nombramiento de nuevos patronos y la sustitución en su caso de los anteriores.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, en el artículo 16, establecía un número mínimo de miembros del patronato, y estipulaba que, si los miembros del patronato subsistentes fueran menos de tres, él o los subsistentes en treinta días debían restablecer el número mínimo de patronos o, en los diez días siguientes al fin del plazo otorgado, comunicarlo al protectorado, que podría otorgar un nuevo término o bien instar la disolución de la fundación.

El Código Civil de Cataluña determina el número mínimo de patronos en el artículo 312-3 y, establece un mínimo de tres, no obstante, otorga a la fundación, la facultad de que sean los estatutos los que fijen el número mínimo de patronos necesario para constituir válidamente el patronato, actuar y adoptar acuerdos (artículo 332-6 del Código Civil de Cataluña). El Código Civil de Cataluña sólo concede un plazo de treinta días para completar el patronato, pero no contempla el plazo de diez días para la comunicación al protectorado de que no se ha restablecido el número mínimo de patronos para así optar a la posibilidad de concesión por parte del protectorado de un nuevo plazo a estos efectos.

Igualmente se prevé, entre las posibles causas de extinción, la expiración del término para el que se constituyó (artículo 334-6 letra a): se trata del supuesto de las fundaciones temporales. La posibilidad de que las fundaciones se puedan constituir con una previsión de temporalidad se introdujo como una de las novedades destacables de la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña,

como así exponía su preámbulo El Código Civil de Cataluña recoge también esta causa de extinción y contempla las fundaciones temporales.

También es posible que se produzca la extinción de la fundación por sentencia firme en el caso de ilicitud civil, o penal de sus actividades o bien de sus fines. La absorción o la integración que resulte de un proceso de fusión figuran también entre las posibles causas de extinción de una fundación.

Finalmente, y dando paso a la iniciativa privada a la que la ley anterior y el nuevo Código pretenden estimular, se contempla la posibilidad de que la propia fundación establezca en la carta fundacional o en los estatutos las posibles causas de su extinción.

#### **6.3.1.3.2 Presupuestos formales**

Según lo dispuesto por el Código Civil de Cataluña, el acuerdo de extinción de una fundación adoptado por el patronato, para poder ser ratificado por el protectorado, debe ser motivado (artículo 335-3 apartado segundo del Código Civil de Cataluña), es decir, deberá contener memoria justificativa de la concurrencia de la causa de extinción y ser formalizado en escritura pública, salvo en el caso de que la fundación se extinga por haber expirado el término para el que fue constituida, y, una vez aprobado debe publicarse (artículo 335-5 apartado primero del Código Civil de Cataluña ).

La anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña requería también, que el acuerdo de extinción- o, en su caso, la resolución judicial por la que se decretara la extinción- fuera inscrita en el Registro de Fundaciones. Resultaba conveniente, en relación a esta cuestión, determinar la eficacia de esta inscripción en lo que hacía referencia a la pérdida de personalidad jurídica de la fundación.

Siguiendo una interpretación estricta, podía entenderse, que desde el momento en que el patronato adoptaba el acuerdo o se dictaba la correspondiente resolución judicial, la fundación perdía su personalidad jurídica. Sin embargo, y con mejor criterio, debía interpretarse que la personalidad jurídica se extinguía a partir del momento de la inscripción del acuerdo o de la resolución en el Registro de Fundaciones (artículo 6.2 de la Ley Fundaciones 5/2001, 2 de mayo, por analogía).

Es preciso señalar que la inscripción en este caso tenía carácter declarativo y no constitutivo, sin perjuicio, claro está, de la eficacia propia de la inscripción en el Registro. Ahora bien, exigencias de seguridad jurídica y del tráfico determinaban que,

en tanto queden acciones ejercitables contra la fundación, esta no perdería la personalidad jurídica.

#### ***6.3.1.4 Liquidación de la fundación***

##### **6.3.1.4.1 Presupuestos materiales**

La liquidación consiste en un conjunto de operaciones orientadas a la fijación del patrimonio actual de la fundación y su valor liquidatorio: el cobro de los créditos de la fundación contra los terceros, el pago de las deudas contraídas en ejercicio de su actividad y el destino de los bienes y derechos remanentes al fin establecido en el negocio fundacional o en el estatuto de la fundación extinguida, y en el caso en que no se hubiera previsto el destino a otras entidades con autorización del protectorado.

En estos supuestos, la legitimación pasiva no corresponde necesariamente a los patronos, y en su caso a los liquidadores, sino que también puede ser asumida por la fundación, que mantiene su personalidad jurídica durante el período de liquidación, o bien, subsidiariamente, por el Protectorado.

Si en el negocio fundacional o en los estatutos de la fundación extinguida no se hubiere previsto otra cosa, el patronato o, en su defecto, el protectorado, decidirán el destino de los bienes y derechos que resulten de la liquidación a favor de fundaciones o entidades que los estatutos señalen y que tengan afectados sus fines a la consecución de aquellos.

En relación a este asunto, es preciso señalar las diferencias existentes entre la legislación estatal y la ley catalana. La ley de competencia estatal 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, condiciona la capacidad de decisión del patronato o en su caso del protectorado sobre el destino de los bienes y derechos que resulten de la liquidación, a favor de fundaciones privadas, no lucrativas, que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes a la consecución de aquellos, previo reconocimiento por el fundador. En cambio, la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña y, el actual Código Civil de Cataluña, introducen la posibilidad de que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general, siempre y cuando la fundación lo hubiera previsto en sus estatutos o carta fundacional. A nuestro entender, si bien no parece justificado, condicionar la capacidad de decisión del patronato a su previo reconocimiento por el fundador, si parece, cuando menos acertado, referirla exclusivamente a entidades no lucrativas, privadas, como hace la ley estatal. Por una parte, porque, mediante la modificación de

estatutos por el patronato, puede preverse el destino de los bienes que resulten de la liquidación, sin intervención del fundador. Por otra parte, porque se restringiría la autonomía del órgano de gobierno de la fundación en favor del protectorado, pues, en defecto del mencionado reconocimiento, correspondería a este decidir sobre el destino de los bienes. A nuestro juicio, no existe ningún inconveniente en permitir al patronato, -si se le reconoce esta facultad por el fundador-, la posibilidad de destinar los bienes que resulten de la liquidación a entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y exigir en cambio, la autorización en los estatutos o cláusulas fundacionales para destinar los bienes a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general.

El principio de respeto a la voluntad del fundador debe encontrar manifestación explícita tanto en el caso que corresponda al patronato la facultad de determinar este destino como, con mayor razón, cuando dicha facultad sea del protectorado. El criterio de los *finés análogos* tan común en el Derecho comparado y consagrado en la legislación catalana sirve a este resultado. A falta de una referencia explícita en este punto se debería llegar a una misma solución teniendo en cuenta el citado principio de respeto a la voluntad del fundador como uno de los principios rectores de la Ley.

#### **6.3.1.4.2 Presupuestos formales**

En relación con este tema nos parece parca la regulación de las operaciones de liquidación que efectúa el Código Civil de Cataluña. Hubiera sido más conveniente exigir como mínimo, la elaboración de un inventario y el balance inicial y final de la liquidación, de tal manera que facilitaran las operaciones de liquidación para el protectorado, como la más exacta determinación de los bienes y derechos remanentes. Esa publicidad redundará, finalmente en una adecuada protección de los terceros.

### **6.4 Administración de la fundación**

#### **6.4.1 Principios que deben informar la administración**

Al patronato de la fundación corresponde su administración, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 332-1 apartado primero del Código Civil de Cataluña, la administración es una facultad integrante del gobierno, pero contrapuesta a la representación. Es posible afirmar, desde un sentido más estricto y en relación con el patrimonio de la fundación, que los actos de administración se distinguen de los actos de disposición.

La administración de una fundación comprende todos aquellos actos por los que se seleccionan los objetivos que deben alcanzarse, se fijan las estrategias y los programas tendentes a la consecución de los fines fundacionales, de acuerdo con lo que dispongan sus estatutos (artículo 332-8 apartado segundo del Código Civil de Cataluña), así como aquellos por medio de los cuales se resuelven con cierta inmediatez las cuestiones que plantea la actividad ordinaria de la fundación<sup>177</sup>.

La administración de la fundación por los patronos comportará la obtención del máximo rendimiento y utilidad respecto de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, minimizando por otra parte, los costes que ocasione este cometido, según los criterios financieros y las circunstancias económicas (artículo 332-8, apartado segundo del Código Civil de Cataluña)

En todo caso se mantiene la trascendencia del requisito de la adecuada y suficiente dotación al fin que se pretende (artículo 331-5 apartado primero del Código Civil de Cataluña). Debe existir en todo momento un adecuado equilibrio entre los elementos del activo y del pasivo de la estructura financiera de la fundación. Este equilibrio financiero ha de ponderarse con las exigencias financieras implícitas en la realización de los fines fundacionales. Además, la adecuación y suficiencia no debe limitarse únicamente al momento constitutivo. En este contexto debe entenderse el principio del equilibrio financiero.

La propia definición de fundación (artículo 331-1 del Código Civil de Cataluña) excluye el principio lucrativo de la dirección de la fundación; no obstante, esta exclusión no significa que la fundación no pueda obtener ingresos por sus actividades, siempre y cuando no se limite injustificadamente al ámbito de sus posibles beneficiarios. De no imperar este principio la fundación quedaría desnaturalizada. Se pretende así, evitar que la fundación se rija por criterios estrictamente mercantiles o cumpla con fines que, aunque formalmente sean de interés general, de hecho no lo sean, por estar dirigidos a un colectivo mínimo y privilegiado que se aproveche de la situación en beneficio propio. Es preciso destacar que el 70% de las rentas y de los ingresos netos anuales que la fundación obtenga deben destinarse al cumplimiento de los fines fundacionales, y el resto, deducidos los gastos de administración o bien al cumplimiento de las finalidades fundacionales, o bien a incrementar los fondos propios de la dotación (artículo 333-2 apartado primero del Código Civil de Cataluña).

---

<sup>177</sup>VICENT CHULIÀ, Francisco; *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Vol. 1º, *Comerciantes. Sociedades. Derecho industrial*, Josep Mª Bosch, Barcelona 1991. 3ª edición, Pág. 1-680.



Parece oportuno señalar, como la propia ley prevé, en el caso de que se observara una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada o que la gestión fuese gravemente irregular o pudiera poner en peligro la subsistencia de la fundación, que el protectorado pueda solicitar a la autoridad judicial que ordene la intervención temporal de la fundación (artículo 336-4 del Código Civil de Cataluña).

La intervención de una fundación repercute seriamente sobre la actuación del patronato. Por un lado, producido el requerimiento por el protectorado, el patronato debe atenderlo en el plazo que se señale. Este requerimiento, orientado a la adopción de las medidas que se consideren oportunas para corregir la irregularidad o desviación observada, constituye un parámetro que predetermina las obligaciones de los patronos y permite valorar el grado de diligencia con el que desempeñan el cargo los patronos (artículo 336-4 apartado segundo Código Civil de Cataluña). Desatendido el requerimiento, la intervención del protectorado no comporta el cese de los patronos: estos se mantienen en sus cargos, si bien, durante el tiempo que determine la autoridad judicial, las funciones propias del patronato serán ejercidas por el protectorado (artículo 336-4 apartado tercero del Código Civil de Cataluña). La intervención no afecta por tanto, a la titularidad del cargo de patrono sino a su ejercicio; no obstante, una vez alzada la intervención, el patronato asumirá nuevamente el ejercicio de las atribuciones otorgadas por el ordenamiento jurídico y los estatutos.

#### **6.4.2 El proceso de constitución de una fundación**

Podemos calificar la constitución de una fundación<sup>178</sup> como un supuesto de hecho complejo, compuesto por diferentes actos de formación sucesiva, pues existe una diferencia temporal en la realización de los diferentes estadios constitutivos. En ese proceso formativo se exige al patronato de la fundación, la realización de todos los actos necesarios para su inscripción.

Del mismo modo el patronato de una fundación debe realizar todos aquellos actos indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora (artículo 332-8 apartado segundo del Código Civil de Cataluña). La noción de actos indispensables para la conservación del patrimonio de la fundación<sup>179</sup> constituye también un concepto jurídico indeterminado, si atendemos a una interpretación amplia del concepto, al entender que se refiere a aquellos actos:

---

<sup>178</sup> Siguiendo a FERRER RIBA, Josep; “El procés constitutiu d’una fundació en la Llei de 3 de març de 1982.....” op. cit. Pág. 75-103.

<sup>179</sup> REAL PÉREZ, Alicia; “Las fundaciones en proceso de formación” en *Derecho Privado y Constitución*. núm. 9, mayo – agosto 1996. Págs. 185-273

*“(…) dirigidos a mantener el patrimonio fundacional tanto en su configuración como valor económico y rentabilidad inicial. Actos que, por tanto, si no se realizaran, ocasionarían una disminución cuantitativa o cualitativa, de la dotación”<sup>180</sup>.*

Los actos y contratos así realizados no se configuran como contratos sujetos a confirmación de la fundación, pues expresamente se prevé la asunción automática de los mismos por la propia fundación cuando ésta obtenga la personalidad jurídica. En este estadio constitutivo, la fundación no es un ente futuro en previsión de cuyo nacimiento se prevén una serie de efectos para que sean asumidos por ella cuando exista, sino un ente presente, pues se entiende producido el efecto fundacional por excelencia: el efecto transmisor de los bienes que integran la dotación y el efecto de destinación de tales bienes a los fines de interés general estatutariamente determinados.

En efecto, y según se deduce del artículo 331-10 apartado primero del Código civil de Cataluña, el órgano de gobierno de una fundación no inscrita puede, dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir derechos y contraer obligaciones que considere inaplazables, en nombre e interés de la fundación en constitución y que se entenderán automáticamente asumidos por la fundación cuando se produzca la inscripción.

Para algunos autores, el carácter inaplazable de los actos previstos en la ley catalana es una manifestación del carácter transitorio de este periodo y pone de relieve la voluntad del legislador de reconducir en todo caso el proceso fundacional a una fundación inscrita con personalidad<sup>181</sup>.

En caso de no lograr la inscripción de la fundación, la posición jurídica de los terceros queda asegurada en la medida en que la responsabilidad se hace efectiva sobre el *patrimonio fundacional* y subsidiaria y solidariamente sobre los patronos.

#### **6.4.3 Actos de disposición**

Según lo previsto en los estatutos y con sujeción a lo previsto en la ley, corresponde al patronato la disposición del patrimonio de la fundación. La configuración del patrimonio de la fundación como elemento esencial, justifica el hecho de que el legislador haya adoptado una serie de cautelas en relación con los actos de disposición, que pueden afectar a los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación.

---

<sup>180</sup> Definición ofrecida por REAL PÉREZ, Alicia. *Ibídem*.

<sup>181</sup> FERRER i RIBA, Josep; “El procés constitutiu d’una fundació en la Llei de 3 de març de 1982.....” *op. cit.* Pág. 75-103.

La regulación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña respecto a las limitaciones de las facultades del patronato modifica de forma importante la regulación que contenía la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones privadas catalanas.

Según lo dispuesto en el Código Civil de Cataluña (Artículo 333-1 modificado por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas), los actos de disposición de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, deben someterse a determinados requisitos. La enajenación, gravamen o cualesquiera actos de disposición de bienes o derechos que integran el patrimonio de la fundación, debe hacerse a título oneroso y respetando las condiciones de los fundadores o de los donantes de estos bienes. El importe obtenido debe reinvertirse en la adquisición de otros bienes y derechos que se subroguen en el lugar de los enajenados o gravados o en la mejora de los bienes de la fundación.

La Ley de 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones privadas, de Cataluña, contemplaba la posibilidad de que el protectorado pudiera eximir de la obligación de reinvertir el precio de la enajenación, antes de la presentación de las cuentas. El Libro tercero del Código Civil de Cataluña no contempla esta posibilidad de exoneración. Por el contrario, el Código Civil de Cataluña se muestra excesivamente receloso con la actuación de los patronos y así establece, a partir de la nueva redacción del apartado segundo del artículo 333-1 por la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña que si se dieran circunstancias excepcionales que impidan cumplir totalmente el deber de reinversión, el patronato antes de llevar a cabo el acto de disposición, debe presentar una declaración responsable al protectorado donde haga constar que se dan estas circunstancias y ha de aportar un informe suscrito por técnicos independientes que acredite la necesidad del acto de disposición y las razones que justifiquen la no reinversión. También, ha de justificar el destino que se dará al producto que no se reinvierte, que debe estar siempre dentro de las finalidades de la fundación.

El apartado tercero del artículo 333-1 en virtud de su nueva redacción por la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña establece que todos los casos de enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o bienes muebles con un valor de mercado superior a 15.000 euros deben comunicarse al protectorado antes de ejecutarlos. Si el valor del mercado supera los 100.000 euros o el 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, el patronato antes de la perfección del contrato, ha de

presentar una declaración responsable al protectorado donde haga constar que la operación es beneficiosa para la fundación y ha de adoptar un informe suscrito por técnicos independientes que acredite que la operación responde a criterios económico-financieros y de mercado. Se exceptúan los actos de enajenación de bienes negociados en mercados oficiales si la enajenación se hace al menos por el precio de cotización.

Además, el artículo 333-1 en su redacción por la Ley 7/2012 de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código civil de Cataluña introduce, en los apartados cuarto y quinto, requisitos formales no contemplados en el artículo citado según la redacción otorgada por la Ley 4/2008, de 24 de abril del Libro tercero del Código Civil de Cataluña.

Los nuevos requisitos son:

- 1) Las personas que hubieran intervenido en representación de la fundación en un acto de enajenación o gravamen que pueda ser objeto de publicidad registral han de solicitar sin demora, la inscripción en el Registro de la Propiedad o en el Registro que corresponda por razón del objeto.
- 2) Las alteraciones patrimoniales, derivadas de los actos de enajenación o gravamen, han de quedar reflejadas en el inventario de la fundación. La realización de estos actos también debe hacerse constar en la memoria de las cuentas anuales.

El apartado sexto del nuevo artículo 333-1 según la redacción otorgada por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, dispone que la autorización previa del protectorado para hacer actos de disposición, gravamen, o administración extraordinaria será necesaria en los siguientes casos:

- a) Si el donante lo ha exigido expresamente
- b) Si lo establece una disposición estatutaria
- c) Si los bienes o derechos objeto de disposición se han recibido de instituciones públicas o se han adquirido con fondos públicos.

Antes de la modificación operada por la Ley 7/2012, de 15 de junio, el citado artículo recogía textualmente los tres supuestos referenciados y además contemplaba un cuarto supuesto, consistente en la necesidad de autorización previa, cuando el producto de la operación no se reinvirtiera totalmente en el patrimonio de la fundación.

Este requisito de *autorización previa* ya suscitaba anteriormente, reacciones muy diversas en la doctrina; una parte no se mostraba totalmente disconforme<sup>182</sup>, mientras que otra parte, sugería la eliminación de esta intervención, salvo en aquellos casos en que el propio fundador lo hubiera así determinado, y además planteaba la sustitución de la comunicación:

*“(...) por una obligación de comunicar al Protectorado, quien podrá ejercitar las facultades de control que le corresponden y le reconoce la ley en otros puntos, sólo en aquellos supuestos en que se crea que se puede producir o bien se produzca una desviación de la voluntad fundacional o un abuso de poderes por parte de los patronos”<sup>183</sup>.*

Para este sector doctrinal que sugiere la eliminación de la intervención, el protectorado carece de los medios adecuados para cumplir estas funciones y, además se encuentra alejado de la actividad fundacional. Por lo que se sugiere el recurso:

*“(...) a un sistema similar al utilizado en las Sociedades Anónimas y exigir para ciertos supuestos de especial gravedad una auditoría externa o el informe de un experto, siempre mejor preparado que los Protectorados, normalmente carentes de medios”<sup>184</sup>.*

Acertadamente, a nuestro entender, el Código prevé en el apartado séptimo del artículo 333-1 que, si en el plazo de dos meses a partir de la presentación de la solicitud de autorización, el protectorado no hubiera dictado resolución expresa, operará el silencio administrativo positivo y el objeto de la solicitud se tendrá por autorizado, salvo que el protectorado hubiera requerido al solicitante determinada documentación relativa a la solicitud de la autorización. La ley catalana implanta una regla general de silencio positivo por falta de resolución expresa (en la actualidad debe entenderse falta de emisión y de notificación), en el plazo de dos meses desde que se solicita una autorización. Además de los supuestos en que es necesaria la previa autorización administrativa, el Código contempla otros referidos a una obligación de comunicación a cargo del patronato.

A fin de verificar la suficiencia de la financiación de las actividades se debe presentar al protectorado, como requisito para la inscripción en el Registro de Fundaciones, un

---

<sup>182</sup>OLMOS VICENTE, Ignacio; “Novedades en materia de protectorados, patronatos, patrimonio y registro” en AA VV, *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*. Coord. Ignacio OLMOS VICENTE, Fundación Futuro, Madrid 1995. Págs. 65-97.

<sup>183</sup>DE PRADA GONZÁLEZ, José María, “Algunas observaciones en torno al Proyecto de Ley de fundaciones” *La Ley* 1993. Vol.2 Pág. 849

<sup>184</sup>DE PRADA GONZÁLEZ. Ibidem. Pág 849

proyecto de la viabilidad económica de los dos primeros años del funcionamiento de la fundación y de las actividades previstas (artículo 331-7 apartado segundo del Código Civil de Cataluña).

Por tanto, el legislador autonómico ha renunciado con buen criterio a establecer una regulación general de procedimiento de autorización, y se limita a reiterar las pautas básicas definidas por el propio legislador estatal.

#### **6.4.4 Formulación de cuentas anuales y llevanza de libros**

Toda actividad empresarial deberá documentar sus operaciones económicas bien con declaraciones de conocimiento, realizadas por el empresario individual o por los órganos de las personas jurídicas. La normativa mercantil se extiende así, en materia contable también, a las fundaciones

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña, al igual que hacia la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña<sup>185</sup>, atribuye al patronato, como facultad indelegable, la aprobación de los documentos que han de contener las cuentas anuales (artículo 332-1 apartado tercero).

El artículo 333-7 del Código Civil de Cataluña, atribuye expresamente al patronato, anualmente, la obligación de reflejar la imagen fiel del patrimonio de la fundación, debiendo formular el inventario y las cuentas anuales. Este deber de contabilidad, bien puede entenderse referido al conocimiento de la viabilidad financiera de la fundación y su situación patrimonial, al coste de los servicios prestados así como del grado de cumplimiento de sus obligaciones legales<sup>186</sup>. La regulación de la actividad contable de la fundación que el Código Civil de Cataluña efectúa se ajusta así, integra y adecuadamente al principio de veracidad.

Igualmente, se prevé la extensión a las fundaciones del régimen previsto con carácter general para la contabilidad de los empresarios, debiendo ajustarse a lo dispuesto en el Código de Comercio, cuando la fundación realice directamente actividades mercantiles o industriales. Conviene, por ello, precisar cuándo puede entenderse que la fundación realiza directamente una explotación económica, que serán aquellos casos que el Código configura como gestión directa de explotaciones económicas y que son los siguientes:

---

<sup>185</sup> Artículo 22,3 d) Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones. De Cataluña.

<sup>186</sup> CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; "Comentarios a los artículos 21 a 26", en AA VV, *Comentarios a la Ley....op.cit.* Pág. 174-238.

- Si el ejercicio de la actividad constituye por sí misma el cumplimiento del fin fundacional o de una parte de este fin.
- Si se trata de una actividad accesorio, complementaria o subordinada respecto al fin fundacional o a una parte de este fin.

Anteriormente, se había considerado que para poder aplicar el estatuto jurídico del empresario era necesario que el ejercicio de la empresa por parte de la fundación tuviera carácter institucional: la razón de ser de la fundación habría de consistir precisamente en el ejercicio de la empresa.

Sólo cuando el fundador hubiera asignado la función de desarrollar una actividad de empresa podría entenderse que la organización fundacional era una organización adecuada al ejercicio de la empresa y no a la administración de un patrimonio de conservación<sup>187</sup>.

Naturalmente, los denominados tradicionalmente principios contables o principios de contabilidad generalmente aceptados, mencionados, aunque no definidos en los diversos artículos del Código de Comercio: responsabilidad, claridad en la presentación de las declaraciones y cuentas, exactitud de las valoraciones, secreto referido a la contabilidad general, publicidad y verificación en relación con las cuentas anuales; aunque pertenezcan al Derecho contable formal, afectan igualmente al Derecho contable material. Por lo tanto, los principios contables enunciados en el artículo 38 del Código de Comercio, serán también igualmente de aplicación a las fundaciones.

Según establece el Código Civil de Cataluña, el inventario y las cuentas anuales deben expresar de forma precisa el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la fundación, de acuerdo con lo establecido por la ley.

El patronato debe elaborar, anualmente, una memoria expresiva de las actividades fundacionales y de la gestión económica que incluya el detalle de los recursos de otros ejercicios pendientes de destinar, los indicadores de exacto cumplimiento de las actividades fundacionales y el detalle de las sociedades participadas mayoritariamente. Esta memoria completará así la información contenida en el inventario, el balance y la cuenta de resultados (artículo 333-8 letra e del Código Civil de Cataluña).

---

<sup>187</sup> VALERO AGÚNDEZ, Urbano; *La fundación como forma de empresa*. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones. Valladolid 1969. Prólogo de José Girón Tena, Pág. 272 y ss.

Además de la memoria, las fundaciones deben llevar como mínimo el libro de diario, el libro de inventario y de cuentas anuales y el libro de actas. Todos los documentos citados a los que hemos hecho referencia deberán ser aprobados por el patronato dentro de los seis meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio, el Código ya no menciona como hacia la anterior ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña que éstos deben ir firmados por el secretario/a, con el visto bueno del presidente/a; sino que solamente dispone, que se presentarán al protectorado para su control (artículo 333-9 apartado primero) y a este corresponde su examen para verificar su adecuación formal y material a la normativa vigente, pues a éste corresponde velar por la efectiva aplicación de los recursos económicos a los fines fundacionales.

El Código establece la entrega al Protectorado de las cuentas anuales en soporte digital o por vía telemática, de acuerdo con las condiciones y los formularios que se determinen reglamentariamente.

El control que la ley establece por parte del Protectorado en estos casos no supone nada más que un examen para verificar su adecuación formal y material a la normativa vigente, como a éste corresponde. No obstante, es preciso destacar, la facultad que se atribuye al protectorado de solicitar a la autoridad judicial que ordene la intervención temporal, en el caso de que una fundación incumpliera el deber de presentar las cuentas anuales en el plazo fijado a tal efecto.

El Código Civil de Cataluña regula la obligación del patronato de aprobar las cuentas anuales y su presentación, de un modo más rotundo que la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, que diferenciaba si el incumplimiento de la obligación de presentar las cuentas anuales se había producido por primera vez, en cuyo caso, únicamente comportaba el requerimiento del protectorado para su cumplimiento, y en el caso de no presentar las cuentas durante dos años consecutivos, el protectorado podía solicitar a la autoridad judicial la intervención temporal de la fundación.

El artículo 333-9 del Código Civil de Cataluña acuerda que el patronato debe aprobar las cuentas anuales en los seis meses siguientes a la fecha del ejercicio. Las cuentas deben presentarse al protectorado en el plazo de treinta días a contar desde el día en que se aprueban. La no presentación de las cuentas anuales comporta además de otros efectos, que la fundación no pueda obtener subvenciones ni ayudas por parte de la Administración de la Generalitat de Cataluña.



Es preciso también, destacar la necesidad que contempla el Código Civil de Cataluña, como ya tuvo en consideración la Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, respecto a la obligación de someter a auditoría externa las cuentas de la fundación en determinados supuestos. Esta cuestión no resultó en modo alguno pacífica en la tramitación parlamentaria; las enmiendas presentadas proponían modificaciones respecto de la cuantía del volumen anual de ingresos ordinarios, además de su mención en euros. Fue presentada una enmienda, finalmente aceptada,<sup>188</sup> en la que se proponía la variación del plazo en que debería presentarse el informe de la auditoría de cuentas ante el protectorado y que en un principio era de noventa días y que finalmente se implanta en un plazo inferior a sesenta días a contar desde el día que se emite.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña mantiene dicho plazo, varía y actualiza el importe del activo de la fundación y del volumen anual de ingresos ordinarios para someter a auditoría a la fundación. En la redacción actual del artículo, se obliga a someter a auditoría externa las cuentas de aquellas fundaciones en que concurren durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias: que el total del activo de la fundación supere los seis millones de euros, que el importe del volumen anual de ingresos ordinarios supere los tres millones de euros y/o que el número medio de trabajadores durante el ejercicio supere los cincuenta.

Así el régimen parece construido a partir de los criterios previstos para la sociedad anónima en nuestro ordenamiento<sup>189</sup>. Por ello y por la posición que ocupa el patronato en la fundación, corresponderá a éste en un principio la designación del auditor.

Es preciso destacar, que cuando la fundación realice directamente actividades mercantiles o industriales, vendrá obligada a someter a auditoría sus cuentas anuales cuando así lo acuerde el juzgado competente, incluso en vía de jurisdicción voluntaria, si se trata de una petición fundada de quien acredite un interés legítimo.

## 6.5 Representación de la Fundación

Al patronato corresponde el gobierno y la representación de la fundación, ambas funciones se atribuyen con carácter expreso al patronato, según se desprende del

---

<sup>188</sup>La enmienda a la que se hace referencia es la enmienda 118, presentada por el Grupo Socialistas- Ciudadanos para el cambio, que finalmente fue aceptada.

<sup>189</sup>De acuerdo con CABRA DE LUNA, Miguel Ángel (1995), "Comentarios a los artículos 21 a 26" en AA VV, *Comentarios a la Ley de Fundaciones...* op. cit. Pág. 174-210.

artículo 332-1 del Código Civil de Cataluña. No obstante, el tenor de dicho artículo no permite despejar todas las dudas acerca del alcance de estas funciones.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, señalaba como obligaciones del patronato, además de velar por el cumplimiento de los fines de la fundación, velar por la destinación a favor de los beneficiarios de los frutos, las rentas y los bienes de que disponga la fundación.

El primer párrafo del artículo 332-1 del Código Civil de Cataluña señala que el patronato se caracteriza por ser *órgano de gobierno y representación de la fundación* sin precisar el contenido de tales funciones. El segundo párrafo del artículo 332-8 del Código Civil de Cataluña parece querer precisar el contenido de estas funciones, al referirse al cumplimiento de los fines fundacionales, y al deber de conservar los bienes de la fundación y mantener su productividad, siguiendo criterios financieros de prudencia, adecuados a las circunstancias económicas y a las actividades que realice la fundación. Del contenido de este párrafo, no se perfila con claridad si concreta la función de gobierno, la función de representación, o ambas a la vez. Del tenor literal del artículo únicamente se desprende, que el patronato es sólo el órgano de gobierno y tiene la función de representación de la fundación, la cual comprende todas aquellas facultades que sean necesarias para la realización de los fines fundacionales.

Por lo que se refiere al modo de ejercicio o límites, nada se dice al respecto, y esta falta de regulación nos revela implícitamente la postura del legislador. Dado el carácter colegiado de este órgano, puede entenderse que el patronato actuará siempre colegiadamente, sin perjuicio de que estatutariamente se atribuya, el poder de representación de la fundación, a uno o varios de sus miembros, a título individual o conjunto<sup>190</sup>.

En relación con la representación de la fundación que corresponde al patronato, se plantea a nuestro entender un problema de límites; el poder de representación abarca únicamente hasta el ámbito constituido por el objeto de la fundación y queda voluntariamente delimitado por las instrucciones del poderdante, por lo que entendemos adecuado, en relación con la actividad de las fundaciones, limitar las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de la fundación. Aunque, precisamente, una vez llegado a este punto, resulta difícil, establecer con

---

<sup>190</sup>Se trata del mismo criterio acogido por la Ley de Sociedades Anónimas en lo que se refiere a la representación del Consejo de Administración.

claridad, cuando un acto puede entenderse comprendido en el objeto de la fundación y cuando puede entenderse extraño a este<sup>191</sup>.

No obstante, es preciso matizar que la representación de la fundación al patronato se atribuye de modo unitario e indivisible, por lo que resulta contradictorio entonces, delimitar con posterioridad el ámbito de representación en función de su objeto. Tal limitación sólo puede fundamentarse en la protección de los terceros y del tráfico. En este sentido tendrá fundamental importancia el grado de eficacia reconocido a la publicidad registral de las limitaciones que restrinjan el ámbito de representación. Como es bien sabido, la publicidad de lo inscrito sorprende con carácter general la buena fe del tercero.

Existe una excepción a esta regla; si aun cuando resulte de lo inscrito, el acto excede de las facultades representativas de los patronos, es oponible a terceros, no es trasladable a las fundaciones. Los actos sujetos a inscripción en el Registro de Fundaciones e inscritos perjudicarán a terceros de buena fe, del mismo modo que resultan inoponibles a los terceros de buena fe las limitaciones que resulten de un acuerdo del patronato, o de una disposición que no deba inscribirse, sin perjuicio naturalmente de las relaciones internas entre los patronos y la fundación y de la posibilidad de destruir su buena fe mediante la prueba de su conocimiento. En cambio, debe admitirse la oponibilidad de las limitaciones inscritas de su poder de representación previstas estatutariamente y de los apoderamientos que en su caso hayan sido conferidos.

El Código Civil de Cataluña como la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña se posiciona de manera contundente en lo que hace referencia a la delegación de la representación, y así dispone, que los patronos personas físicas no pueden delegar la representación, excepto en aquellos casos en que la cualidad de patrono hubiera sido atribuida a la persona titular de un cargo; en este caso, podría actuar en su nombre la persona que reglamentariamente le sustituya de acuerdo con las reglas de organización de la institución de que se trate.

También, el Código contempla la posibilidad, si los estatutos no lo prohíben, de delegar por escrito el voto, respecto a actos concretos, en otro patrono. Esta circunstancia no se contemplaba en la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña. No obstante conviene matizar que esta actuación sería

---

<sup>191</sup> Siguiendo DE LORENZO GARCÍA, Rafael; "Comentarios a los artículos 12 a 16", en AA VV, en *Comentarios a la Ley*. op.cit.. Págs. 103-146.

únicamente para actos concretos y debería ajustarse a las instrucciones que, en su caso, el representado formule por escrito.

Es posible deducir, que el Código Civil de Cataluña ha seguido el modelo de la Ley estatal de fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, que se muestra mucho más permisiva de lo que lo era la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, en lo que se refiere a la posibilidad de delegar las facultades de patrono. Así, en el caso de que el cargo de patrono recaiga en una persona física, podrá actuar en su nombre y representación otro patrono por él designado.

En el caso de las personas jurídicas, el Código sigue la misma línea y dispone que éstas deban ser representadas en el patronato de una manera estable, por la persona que tenga su representación, de acuerdo con sus normas reguladoras o por una persona física designada a tal finalidad.

Por otra parte, si bien las dos leyes, Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre y Código Civil de Cataluña, contemplan la posibilidad, siempre y cuando los estatutos no lo prohíban, de delegar sus facultades en uno o más de sus miembros, ambas leyes también, establecen límites en cuanto a los actos que pueden o no ser delegables, pero en relación a este punto el Código Civil de Cataluña se muestra más rígido y explícito en cuanto a los actos que los patronos en ningún caso podrán delegar ni apoderar la facultad de acordar. Así pues, ambas leyes coinciden en que no son delegables la facultad de acordar: la modificación de los estatutos; la fusión, escisión o disolución de la fundación; la aprobación de las cuentas anuales y la formulación del presupuesto<sup>192</sup>.

El Código Civil de Cataluña añade además de los actos citados, otros actos como indelegables: las decisiones sobre los actos de disposición sobre bienes que, en conjunto o individualmente comporten más de una vigésima parte del activo de la fundación; la constitución o dotación de otra persona jurídica; así como los que consistan en la cesión global de todos o de una parte de los activos y pasivos o de disolución de sociedades u otras personas jurídicas y finalmente aquellos para los cuales se precise la autorización del protectorado o bien deban de notificarse preceptivamente.

El Código introduce ciertas modificaciones respecto a la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña en lo que se refiere a la regulación de los actos

---

<sup>192</sup>La Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, se refiere a la aprobación del plan de actuación y no al presupuesto como hace la ley catalana

indelegables, modificando la cuantía de la proporción del activo para que pueda considerarse un acto indelegable: dicha cuantía ya no será la décima parte, sino la vigésima parte del activo.

La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña modifica la letra h del artículo 332-1, incorporando además, como indelegables, aquellos actos que requieran la adopción y formalización de una declaración responsable. Asimismo, introduce una nueva categoría de actos indelegables: la adopción y formalización de las declaraciones responsables (letra i).

## 6.6 Estructura y normas organización del Patronato

### 6.6.1 Estructura

Una vez señalada la necesaria existencia del órgano de gobierno, es preciso tratar el tema de la organización del patronato. Debe señalarse que, inicialmente, la estructura estará condicionada por el cumplimiento de los fines fundacionales señalados por el fundador, a través de la aplicación de los elementos patrimoniales de indispensable existencia. El patronato tiene que concentrarse en la realización de una voluntad ajena, fijada para siempre, en la escritura y en los estatutos. Los fines señalados por esa voluntad ajena y cristalizada, condicionarán su estructura. El órgano de gobierno se debe crear *ad hoc* para cada caso. Es posible también que la voluntad del fundador pueda incluso señalar la forma de aplicar los medios a la realización de los fines, lo que condicionará considerablemente la estructura del órgano u órganos de gobierno.

### 6.6.2 Composición

El patronato tiene la representación de la fundación, que comprende todas aquellas facultades necesarias para la realización de las finalidades fundacionales.

Es evidente, que sin una determinada organización no existe persona jurídica. La organización es algo que compete al fundador y sin ella la fundación no nace a la vida del Derecho, por lo que la ley deberá limitarse a señalar cuál es la mínima organización necesaria para que exista la persona jurídica.

Según lo dispuesto por el Código Civil de Cataluña, el patronato tiene carácter colegiado y puede estar formado por personas físicas o jurídicas, pero, en todo caso deberá estar compuesto por un mínimo de tres miembros, uno de los cuales ejerce de presidente y otro de secretario. La Ley 4/2008, de 24 de abril que aprueba el Libro tercero del Código Civil de Cataluña establecía en el artículo 312-3 que el cargo de secretario debía ejercerlo uno de los patronos. La Ley 7/2012, de 15 de junio de

Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas, modifica<sup>193</sup> el artículo 312-3 y establece que el cargo de secretario podrá ejercerlo una persona que no tenga la condición de patrono. El secretario, en este caso, intervendrá en las reuniones con voz pero sin voto y tendrá el deber de señalar la legalidad de los acuerdos que pretenda adoptar el órgano.

Con anterioridad a la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, se permitía que el órgano de gobierno fuera unipersonal, cuando así lo hubiera dispuesto el fundador, en atención a la simplicidad del fin y los medios a él asignados y que el órgano de control se compusiera de un mínimo de tres miembros en régimen colegiado. La Ley 1/1982, de 3 de marzo, señalaba que el patronato era un órgano colegiado constituido por tres miembros como mínimo.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña establecía que el patronato debía estar constituido como mínimo por tres miembros y entre ellos debería designarse, un presidente/a y un secretario/a.

La previsión normativa de un número mínimo de miembros para integrar el patronato tiene relevancia no sólo en el plano estructural, sino también en el funcional: las complejas funciones que conlleva la administración de una fundación hace aconsejable la participación en la toma de decisiones de una pluralidad de sujetos, lo que supone una pluralidad de perspectivas. Una vez determinada la pluripersonalidad del órgano será preciso determinar el modo en que los miembros deben actuar para conformar y ejecutar la voluntad de la fundación.

Llegados a este punto, puede establecerse un sistema de funcionamiento solidario o separado, que permita a cada uno de los miembros actuar con independencia de los demás: el sistema será mancomunado o conjunto, cuando la adopción de cualquier acto precise el consentimiento de todos los miembros, o bien colegiado, que comportará la participación de todos los miembros en el proceso de adopción de decisiones del patronato y la observancia de un procedimiento formal previamente diseñado.

El sistema colegiado como sistema de funcionamiento del patronato posibilita una efectiva protección de la posición jurídica de sus miembros, así como la imputación a título individual de la responsabilidad por los daños causados por el acuerdo adoptado

---

<sup>193</sup> Decimos modifica aunque quizás siguiendo a Héctor Gabriel de Urrutia Coduras en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 857/2013 (7 de febrero) sería más correcto hablar de que más que modificar, clarifica puesto que, con anterioridad a la modificación, el Código Civil de Cataluña no prohibía expresamente esta posibilidad.

por mayoría, y a la vez es flexible en cuanto a la toma de decisiones con la ventaja de poder contar con una pluralidad de perspectivas sin merma de la posición de sus miembros.

### **6.6.3 Falta de miembros del patronato**

El patronato tiene el deber de cubrir las vacantes que se produzcan, de acuerdo con el procedimiento que establezcan los estatutos. Cuando los miembros en activo sean menos del número de patronos fijado en los estatutos para constituir válidamente el patronato, actuar y adoptar acuerdos, el protectorado podrá requerirles para que restablezcan el número mínimo de patronos. Si no lo hicieren en el plazo de treinta días, el protectorado podrá completar el patronato efectuando los nombramientos necesarios o, si procede, puede instar la disolución de la fundación.

### **6.6.4 Funcionamiento**

Aunque la actual ley estatal de Fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, no acoge expresamente un determinado sistema de funcionamiento, hay suficientes elementos para entender que el patronato aparece configurado como un órgano colegiado.

El patronato, como órgano colegiado, funcionará por medio de acuerdos, la función del acuerdo es la de manifestar de forma positiva la voluntad que resulta de la participación de la mayoría de sus miembros, de conformidad con los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación. La vulneración de estos límites normativos justifica el poder de impugnación reconocido al protectorado en tales supuestos.

En los estatutos de la fundación se ha de hacer constar la forma de deliberar y adoptar sus acuerdos; así mismo se legitima a cualquier miembro del patronato para impugnar judicialmente los actos y acuerdos de los órganos de la fundación que sean contrarios a la ley, la carta fundacional, los estatutos, o que pudieran causar un perjuicio grave a la fundación. No obstante, esta acción está sometida a un plazo de caducidad que será de un año a contar desde la fecha en que se hubiera adoptado el acuerdo o se hubiera llevado a cabo el acto.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el mecanismo legalmente previsto de exoneración individual de la responsabilidad que pudiera derivar del acuerdo adoptado por mayoría, supondrá la oposición expresa exigida con el fin de que el patrono salve su responsabilidad.

Como se ha señalado con anterioridad, en los estatutos se establecerá la forma de deliberar y adoptar los acuerdos que resulte más adecuada a las características de la fundación y de la actividad que realiza pero siempre de conformidad con los principios esenciales al funcionamiento del órgano colegiado: inderogabilidad de la decisión por mayoría, y procedimiento formal que posibilite la exoneración individual de la responsabilidad.

Los designados como patronos solamente serán considerados como tales una vez aceptado el cargo, ya que, según establece el artículo 332-5, *“los patronos entran en funciones una vez han aceptado el nombramiento”*.

Algunos autores siguiendo una interpretación muy flexible entendieron que era posible conceder a uno o varios patronos votos reforzados, bien con carácter general bien para asuntos concretos<sup>194</sup>. Sin embargo, a partir de la opción del legislador por un órgano de gobierno pluripersonal y del riguroso régimen de responsabilidad previsto para los patronos, esta posición deja de tener sentido ya que difícilmente pueden alcanzarse las ventajas implícitas en la composición pluripersonal del patronato si la adopción de un acuerdo se hace depender en última instancia, del parecer de uno solo de los miembros. Por otra parte y según el régimen de responsabilidad previsto por la ley, la atribución a un patrono o a un grupo de ellos de un voto reforzado no parece admisible. La responsabilidad en plano de igualdad de todos los patronos, por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley, los estatutos o los realizados negligentemente, es consecuencia de la identidad de la posición jurídica que les corresponde en el órgano de gobierno; por lo tanto, en la formación de la voluntad de la mayoría del patronato, a cada uno de los miembros corresponde un voto

Como órgano colegiado, el patronato, adoptará los acuerdos normalmente por medio de sesión. El Código Civil de Cataluña regula en el ejercicio de las funciones de gobierno del patronato, el derecho y el deber de los patronos de asistir a las reuniones, de informarse sobre la marcha de la fundación y de participar en las deliberaciones y en la adopción de acuerdos; a diferencia de la regulación anterior, donde del contenido del artículo 21 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, se deducía que la reunión física de los patronos no era esencial para su funcionamiento,

---

<sup>194</sup> En la doctrina: De LORENZO GARCÍA, Rafael, en *El nuevo Derecho de Fundaciones*. Colección Solidaridad, número 3, Madrid, 1993. Fundación ONCE; Marcial Pons; NIETO ALONSO, Antonia en *Fundaciones; su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, La Coruña, Fundación Pedro Barrié de la Maza, 1996 o DEL CAMPO ARBULLO, José Antonio en *Régimen jurídico de las fundaciones*, Madrid. Centro de Fundaciones, 1988, 4ª edición.



el patronato podía reunirse sin que estuvieran físicamente reunidos sus miembros y podía adoptar acuerdos sin sesión. La acción y efecto de reunirse no exige que los miembros del patronato estén físicamente presentes en unas mismas coordenadas espacio – temporales, lo decisivo en la reunión es su presencia efectiva, esto es, la posibilidad de comunicación simultánea de sus pareceres, de ahí que nada se oponga a la previsión estatutaria de utilización de medios tecnológicos que hagan posible la intercomunicación simultánea de sus miembros, como las videoconferencias.

No obstante y en relación al procedimiento de adopción de acuerdos por el patronato es preciso hacer referencia a su formalización; los actos de materialización del acuerdo adoptado se justifican fundamentalmente por razones de prueba. El levantamiento del acta en que se hace constar el acuerdo adoptado por el patronato permitirá fijar su contenido y controlar el cumplimiento de los requisitos estatutarios relativos al modo de deliberar y adoptar acuerdo.<sup>195</sup> Aunque normalmente corresponde al secretario el levantamiento del acta, nada se opone a que levante acta del acuerdo, un notario o que lo haga junto al secretario. Así la prueba de los acuerdos adoptados quedará investida de la fe pública notarial.

Por otra parte y, en la medida que no existe previsión legal específica para la aprobación de las actas del patronato, es competencia de los estatutos o del patronato su regulación. Será posible, por lo tanto, que el acta sea aprobada por el presidente con alguno de los miembros o mediante remisión a cada uno de los miembros, considerando el silencio como aprobación, ello se deduce del contenido del artículo 332-11 del Código Civil de Cataluña, que regula el régimen de responsabilidad de los patronos, ya que estos, para estar exentos de responsabilidad, deben oponerse expresamente al acuerdo y no haber intervenido en su ejecución.

Otro aspecto que conviene destacar es aquel que hace referencia a la certificación de los acuerdos del patronato y que consistirá en acreditar su contenido cuando así lo exijan las circunstancias del tráfico. Será conveniente expresar los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, los acuerdos adoptados y el resultado de las votaciones, y podrá hacerse constar un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, así como cualquier otro hecho sin límite alguno de contenido.

En este contexto será conveniente valorar la legitimación para solicitar la certificación de los acuerdos adoptados. La extensión del derecho a obtener una certificación del

---

<sup>195</sup> DE PRADA; “Los estatutos y su modificación”, Derecho Privado y Constitución núm. 8, enero-abril 1996. Pág. 45-117

acuerdo a personas que no sean miembros del patronato dependerá en buena medida del reconocimiento de una obligación de los patronos, de guardar secreto en relación con los asuntos que se hayan tratado en el patronato. En caso de afirmarse tal secreto ha de excluirse la legitimación de un tercero para solicitar la certificación de tales acuerdos. Sin embargo, dada la amplitud de funciones atribuidas al protectorado (artículo 336-2 Código Civil de Cataluña), no parece que pueda cuestionarse la legitimación para obtener certificación de los acuerdos del patronato por parte del protectorado.

El control de la actuación de los patronos, viene determinado en el Código Civil de Cataluña, por el ejercicio de la acción de responsabilidad que podrá ser ejercida ante los tribunales ordinarios por la fundación -por medio de un acuerdo en cuya adopción no participe la persona afectada-, por el protectorado o por cualquiera de los patronos disidentes o que no hayan intervenido en la adopción o ejecución del acuerdo, los fundadores y los administradores concursales, de acuerdo con la ley.

Además, el Código Civil de Cataluña contempla la posible intervención temporal de la fundación, que podrá ser solicitada al juez por el protectorado, de oficio, o a partir de una denuncia de un patrón o más de uno, o de las personas destinatarias de la actividad realizada en cumplimiento de los fines fundacionales. En el caso en que el juez autorice la intervención temporal de la fundación, el protectorado asume las funciones legales y estatutarias del patronato (artículo 336-4 del Código Civil de Cataluña).

El control de la actuación de los patronos en la ley estatal de fundaciones viene determinado básicamente por el ejercicio de la acción de responsabilidad (artículo 17 de la Ley 50/2002, de Fundaciones) y su posible suspensión cautelar, previsión de su cese si no desempeñaran el cargo con la diligencia de un representante leal (artículo 18 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), además de la posible intervención del protectorado en aquellos supuestos en que 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 (artículo 42 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones).

#### **6.6.5 Cargos**

El Código Civil de Cataluña, configura la condición de patrono como un *cargo* (artículo 332-5). Es cierto que en ocasiones también se emplea la expresión *funciones* para referirse a esta condición (Artículo 332-5 apartado 1), más parece que en tales casos

se está refiriendo al contenido de tal cargo. Más impropia consideramos la alusión *mandato* que contenía el apartado segundo del artículo 19 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, sustituida en el Código Civil de Cataluña, por la de *cargo* (artículo 332-5 apartado tercero).

La consideración de patrono como *cargo* entronca con ciertas aportaciones doctrinales que lo identifican como un oficio de derecho privado, pero además de ser un término utilizado con cierta ambigüedad, plantea la duda de si se puede calificar como un *cargo público*. Aunque algún autor apunta la conveniencia de la regulación estatutaria de las facultades del presidente, no deja de reconocer que se le confieran o deba tener las que normalmente se consideran ínsitas a este cargo<sup>196</sup>.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, imponía la elección entre los miembros del patronato de un presidente o presidenta y de un secretario o secretaria, designados bien en la carta fundacional o bien según la manera prevista en los estatutos, en el caso en que faltara esta previsión, la elección corresponderá al mismo patronato (artículo 17 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones de Cataluña); de ello se deduce, que el presidente y el secretario eran cargos necesarios, sin perjuicio de que pudieran designarse otros cargos, tales como vicepresidente o vicesecretario. Además, el presidente o presidenta, y secretario o secretaria, debían ser designados en la carta fundacional o de la manera establecida en los estatutos.

El Código Civil de Cataluña permite que los cargos que los patronos puedan poseer en el patronato sean establecidos por los estatutos, además de regular el régimen de convocatoria y las reglas de funcionamiento interno.

Sin olvidar su carácter de órgano colegial, es preciso constatar que la imposibilidad del patronato de constituirse en sesión permanente justifica la descentralización de funciones que le corresponden con el fin de lograr su más adecuado cumplimiento. Esta descentralización supone una variación en cuanto al funcionamiento del patronato que supone que sea innecesaria su reunión para la adopción de acuerdos concernientes a la actividad fundacional. El funcionamiento colegiado se limitará por lo tanto a la adopción de los acuerdos que por ley, o por los estatutos hubieran quedado reservados al patronato, así como al control y vigilancia de la conformidad de las actividades descentralizadas con los objetivos fijados y con los fines fundacionales; en la práctica estas serán sus funciones más importantes.

---

<sup>196</sup>SERRANO GARCÍA, Ignacio; “El patronato” en Tratado de Fundaciones. 2007. Editorial Bosch. Pág. 538-540.

Las decisiones estratégicas de la fundación normalmente corresponderán al patronato, mientras que las actividades de dirección podrán ser asumidas por cualquiera de sus miembros o por un tercero.

#### **6.6.6 Normas de organización**

El artículo 332-2 del Código Civil de Cataluña modificado por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, regula la dirección de la gestión ordinaria de la fundación y establece que el patronato, de acuerdo con lo que eventualmente dispongan los estatutos, puede designar una o más personas para ejercer las funciones de dirección de la gestión ordinaria de la fundación. La nueva regulación permite que estas funciones puedan ser encomendadas a algún patrón pero, en este caso, deberá hacerse de acuerdo con el artículo 332-10 del Código Civil de Cataluña.

El artículo 332-10.2 del Código Civil de Cataluña, en virtud de su modificación por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, establece que los patronos podrán establecer una relación laboral o profesional retribuida con la fundación siempre que se articule mediante un contrato que determine claramente las tareas laborales o profesionales que se retribuyen. En todo caso, estas tareas deben ser diferentes a las que son propias del cargo de patrono.

Además el apartado tercero del artículo 332-10 del Código Civil de Cataluña modificado, incorpora una nueva obligación por parte del patronato, antes de la formalización del contrato del patrono con la fundación, que consiste en presentar al protectorado la declaración responsable conforme a lo dispuesto en el artículo 332-9 del Código Civil de Cataluña. Además, si el importe de los contratos formalizados con el patrono fuera superior a 100.000 euros anuales o, al 10% de los ingresos meritados en el último ejercicio económico cerrado y aprobado por el patronato, se deberá acompañar con la declaración responsable un informe validado por técnicos independientes que justifique que la contratación es beneficiosa para la fundación y responde a criterios del mercado laboral o profesional. También se requerirá este informe si el coste anual de los contratos formalizados con los patronos más el coste del nuevo contrato que se pretende formalizar es superior al citado 10%.

En todo caso, el número de patronos con relación laboral o profesional con la fundación debe ser inferior al número de patronos previsto para que el patronato se considere válidamente constituido, a tenor de lo dispuesto en el apartado cuarto del

artículo 332-10 del Código Civil de Cataluña, según su redacción por Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña

En iguales términos que el Código Civil de Cataluña en su redacción original, la Ley 7/2012, de 15 de Junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña mantiene la gratuidad para el ejercicio del cargo de patrono (artículo 332-10.1 del Código Civil de Cataluña), si bien reconoce el derecho al anticipo y reembolso de los gastos debidamente justificados y, a la indemnización de los daños producidos por razón de este ejercicio. El artículo 332-10 .1 del Código Civil de Cataluña en su versión original por Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, ya mejoraba el tratamiento de la gratuidad del cargo de patrono ofrecido por la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, y mantiene su tenor literal en la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, a cuyo tenor, *“Los patronos ejercen sus cargos gratuitamente (....)”* Mientras que el artículo 23 de la Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, establecía que *“Los miembros del Patronato no son retribuidos por el mero ejercicio de su cargo (...)”*.

## 7 EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PATRONATO

### 7.1 Consideraciones Generales

El Código Civil de Cataluña es plenamente respetuoso con la voluntad del fundador en lo que se refiere a la regulación del patronato. Los fundadores pueden reservarse en la carta fundacional, de una manera temporal o hasta su muerte o extinción, el derecho a designar, separar y renovar los patronos y los cargos del patronato. Esta reserva debe incluirse asimismo, en los estatutos, en los que también debe regularse la composición del patronato y, las reglas para la designación, destitución y renovación de los patronos y de los cargos, para el momento en que se produzca la muerte o extinción de los fundadores.

En consecuencia, la designación del cargo de patrono puede ser bien como miembro por razón de su cargo o posición de cualquier tipo, o bien, designado nominativamente, o bien, electivo

Normalmente los miembros del primer patronato que no lo sean por razón de cargo o posición de cualquier tipo serán designados por el fundador: lo lógico y operativo es que se atribuya dicha facultad a personas u órganos ajenos a la fundación.

En cuanto a la duración del cargo, los patronos pueden ser vitalicios o por tiempo determinado -y en este último caso cabe que sean reelegibles o no-. En el caso de los nombrados por razón del cargo que ocupan – sea público o privado-, el cese en él lleva aparejado el cese en la condición de patrono.

En definitiva, las posibilidades de designación, tanto en el momento inicial como a lo largo de la vida de la fundación, son muchas y diferentes, por lo que conviene que los estatutos sean claros y exhaustivos en este punto.

### 7.2. Clases de Patronos

A la hora de analizar las características de los miembros del patronato, se impone una primera distinción en función de si se trata de personas físicas o de personas jurídicas. Esta cuestión supone una repercusión inmediata en el régimen jurídico del patrono, por lo que merece una atención especial.

El Código Civil de Cataluña regula esta cuestión de forma más concisa que la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, e introduce algunas novedades a este respecto.

Con carácter general la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, abordaba esta cuestión en el artículo 16,1. Es preciso mencionar también, que el artículo 16,2 de la misma ley, condicionado a la circunstancia de que el patrono fuera persona física, establecía una regla general de ejercicio personal y una excepción cuando se trate de un llamamiento a causa del cargo que se ocupe. A pesar de que en el régimen de las fundaciones confluyen elementos normativos públicos y privados, no hay argumentos suficientes para considerar que el patronato sea un cargo público, sino que su posición se mantiene dentro del Derecho privado<sup>197</sup>.

La eficacia de la autonomía privada en la regulación de la composición del patronato no se limita a la fijación de número sino que se extiende también a la determinación de su condición, los miembros del patronato pueden ser tanto personas físicas como personas jurídicas (artículo. 332-3 apartado primero Código Civil de Cataluña).

Podemos clasificar a los patronos en dos grupos, patronos natos y electivos. Son patronos natos: a) los nombrados directamente por el fundador, de carácter normalmente vitalicio, o si son personas jurídicas, perdurable; y b) los nombrados por razón del cargo que desempeñan, cuya duración va vinculada al tiempo que ejercen dicho cargo. Son patronos electivos los que tienen que ser designados a través de alguna fórmula de elección (por el fundador, por el patronato, etc.)<sup>198</sup>.

Aunque frecuentemente se conectan, conviene distinguir claramente, entre la forma de designación y la duración del cargo de patrono. Por esta razón resulta preferible caracterizar a los patronos en función, simplemente, del modo de designación<sup>199</sup>.

### **7.2.1 La persona jurídica como patrono de la Fundación**

La configuración de una persona jurídica como miembro del órgano de gobierno de otra persona jurídica, aunque discutida en otros ámbitos, se admite ahora de forma absoluta. Como ya contemplaba la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, en su artículo 11,3 y la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, en su artículo 16,3; fiel a esta tradición, el Código Civil de Cataluña prevé también esta posibilidad cuando admite que el patronato tiene carácter colegial y

---

<sup>197</sup> Siguiendo a SALELLES CLIMENT, José Ramón y VERDERA SERVET, Rafael; "El patronato de la fundación" *Revista de Derecho de Sociedades*. Colección de Monografías. Editorial Aranzadi. Pamplona 1997. Pág. 155 y ss.

<sup>198</sup> Siguiendo a DE PRADA González, José María (1994) "Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones" *Revista Jurídica del Notariado* núm. 11, julio - septiembre, Pág. 203-282 recoge una clasificación habitual que distingue entre patronos natos y electivos.

<sup>199</sup> SALELLES CLIMENT, José Ramón y VERDERA SERVET, Rafael; *Ibidem*. Pág. 165.

puede estar integrado por personas físicas o jurídicas (artículo 332-3.1 Código Civil de Cataluña).

Esta admisión implica la superación de las posibles objeciones que se habían formulado referidas fundamentalmente a la falta de la estabilidad necesaria para ejercitar las competencias legalmente encomendadas, así como a la limitación de capacidad de las personas jurídicas para administrar. Se debaten, a partir de aquí, cuestiones relativas a la relación existente entre la persona jurídica y el representante que designe el patronato. Entre estas cuestiones puede destacarse, la situación de conflicto y de atenuación de su autonomía, que puede determinar la ejecución de las instrucciones impartidas por aquélla. Ahora bien, en relación con esta cuestión, no puede obviarse que, en rigor, el conflicto no se suscita tanto entre el representante y la fundación, sino entre la persona jurídica, en cuanto a miembro del patronato, y esa fundación, ya que patrono es, en todo caso, la persona jurídica y nunca la persona natural que la representa (artículo 332-4 apartado tercero Código Civil de Cataluña).

En consecuencia, una actuación de la persona jurídica mediante su representante, contraria al interés de la fundación, constituye un supuesto de actuación negligente y podría dar lugar a generar la consiguiente responsabilidad o el cese de su cargo; es precisamente esta razón, lo que determina que la ley disponga que la persona que represente a la persona jurídica lo hará según las normas que la regulen.

No obstante, esta problemática adquiere una especial relevancia cuando son entes públicos los que asumen la condición de miembros del patronato de una fundación. Conviene entonces, atender a dos tipos de relaciones jurídicas: por un lado, la relación entre la persona física nombrada por el ente público, miembro del patronato, y la fundación cuyo gobierno y representación se le encomienda; y, por otro lado, la relación entre la persona física nombrada y el ente público que la nombra.

El primer tipo de relación jurídica ha de ser contemplado desde la óptica de una parte de la doctrina que mayoritariamente considera que el sujeto público que emplea instrumentos de Derecho privado para desarrollar una determinada actividad, puede perseguir intereses públicos, sólo y con los límites inherentes a la técnica jurídica elegida. Por lo tanto, y según se deduce, los miembros de los entes públicos que integren el patronato de una fundación con la condición de patronos, deben perseguir la realización del interés típico de esta, determinado por los fines fundacionales. El interés público se agota, de este modo, con la realización del fin de la fundación y no con el propio del ente público que integra el órgano de gobierno. Por lo tanto, el ente público que, frente a una determinada operación, se encuentre en situación de



conflicto con lo que se presenta como fin fundacional debe abstenerse de participar en ella.

En el segundo tipo de relación jurídica se discute la existencia de un poder de instrucción del ente público y de una posible responsabilidad de este ente público por los daños que hubieran podido causarse a la fundación, como consecuencia del incumplimiento de las instrucciones impartidas. Evidentemente, el fundamento del carácter vinculante de tales instrucciones se encuentra en el poder de destitución y separación del cargo que corresponde al ente público. La contrariedad al fin fundacional supone una vulneración a la diligencia debida en el ejercicio del cargo.

### **7.2.2 La persona física como patrono de la Fundación**

Debemos destacar el incremento de los requisitos o de las prohibiciones para poder ser patrono mediante criterios perfectamente razonables y, la modificación del criterio general de diligencia exigible en sus actuaciones, adoptando el de la diligencia de un buen administrador (artículo 332-8 del Código Civil de Cataluña), debe entenderse este criterio como un incremento respecto del criterio de diligencia de un administrador leal, que es el criterio que utiliza la ley estatal (Artículo 17,1 Ley 50/ 2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). El incumplimiento del deber de diligencia exigible es determinante para censurar su responsabilidad por actos u omisiones negligentes.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña, imponía como requisito a cumplir si los miembros del patronato fueran personas físicas así como para aquellas que participen como sustitutas o hayan sido designadas como representantes de una persona jurídica: la plena capacidad de obrar.

El Código Civil de Cataluña regula esta cuestión de manera mucho más estricta imponiendo no sólo el requisito de la plena capacidad de obrar, sino además, los siguientes requerimientos:

- No estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o para administrar bienes.
- No haber sido condenado por delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico o, por delitos de falsedad.

#### **7.2.2.1 La capacidad exigida para ser patrono**

Los patronos personas físicas, miembros del patronato en nombre propio o por razón de un cargo, así como aquellas personas que participen como sustitutas o como representantes de una persona jurídica, deberán disfrutar de plena capacidad civil.

La exigencia de cierta capacidad de obrar al patrono de la fundación se comprende en la medida en que, a través de su declaración de voluntad y mediante el acuerdo del órgano colegiado, se va a formar la propia voluntad de la persona jurídica.

El Código Civil de Cataluña formula esta exigencia en un sentido positivo y requiere simplemente “*plena capacidad de obrar*”. El diverso tratamiento de las leyes acerca de esta cuestión plantea una cierta tensión entre dos principios que pueden conducir a resultados contrapuestos. Por un lado, se encuentra la tendencia a restringir las limitaciones a la capacidad de obrar, de manera que aquello que no se prohíbe al incapaz pueda ser realizado. Por otro lado, tenemos las características del cargo de patrono que, al tratarse de una gestión de intereses ajenos, obliga a extremar la prudencia a la hora de establecer los requisitos para acceder al cargo de patrono.

A partir de aquí, es preciso determinar si una persona física es plenamente capaz de obrar, lo que supone analizar la concurrencia simultánea de una serie de circunstancias que no la excluyan. Más sencillo que determinar quién es plenamente capaz será saber quién no lo es. A continuación procedemos a analizar esta cuestión.

#### **7.2.2.1.1 Los menores de edad**

No parece que pueda dudarse de la exclusión de los menores de edad (no emancipados) del ejercicio del cargo de patrono, ya que con independencia de su capacidad natural, son sujetos que legalmente no tienen “plena” capacidad de obrar” (artículo. 211,3 del Código Civil Cataluña).

No obstante, en este punto hay que hacer referencia, por la mayor dificultad que plantea, al tratamiento del menor emancipado; por una parte, de acuerdo con el sentido del Código Civil y por otra, en el ámbito del Código Civil de Cataluña que exige “*plena capacidad de obrar*”, sin concretarla en situación alguna.

El artículo 323,1 del Código Civil establece una norma de equiparación con el mayor de edad y sus excepciones suelen interpretarse restrictivamente: la regla en la emancipación es la equiparación a la plena capacidad, en toda su amplitud, salvo en aquellos casos que estén sometidos a un régimen especial.

A nuestro parecer, cuando el legislador requiere la plena capacidad de obrar de los patronos, ha pretendido excluir a todos los menores, con independencia de si estuvieran o no emancipados. Ciertamente, no parece en modo alguno coherente ampliar o proyectar la capacidad del menor emancipado a todos los cargos que comportan la administración de bienes ajenos y que no dependen de la sola voluntad individual del representado, en este sentido se pronuncia algún autor recogiendo una

afirmación del último considerando de la RDGRN de 24 de febrero de 1986 (RJ 1986,1017)<sup>200</sup>.

Por otra parte, nuestros tribunales, no son excesivamente explícitos ni mucho menos, claros<sup>201</sup>, al resolver aquellos problemas reales en los que aparece implicado el interés del menor, empleando en reiteradas ocasiones algunas fórmulas ya preestablecidas sin querer entrar en la esencia de la cláusula general.

#### **7.2.2.1.2 Los incapacitados**

En este caso será preciso atender al momento en que se declare la incapacitación, es decir; en virtud de su carácter previo o posterior al nombramiento y a la aceptación del cargo de patrono, ya que su relevancia jurídica será distinta en uno y otro caso.

Según lo dispuesto en el Código de Familia, el alcance de la incapacitación depende del contenido de la correspondiente sentencia. Además, de tal resolución dependerá el régimen al que va a quedar sometido el incapacitado. La variedad en el contenido de la sentencia puede originar situaciones sensiblemente dispares en orden a los actos que podrá efectuar el incapacitado.

No obstante, no podemos olvidar que la propia circunstancia de la incapacitación pone claramente de manifiesto que el sujeto está sometido a ciertas limitaciones; es decir, que su capacidad de obrar no es plena: el Código Civil de Cataluña dispone como condición *sine qua non* que las personas físicas que sean miembros del patronato, deben disfrutar de una plena capacidad de obrar.

Por todo lo expuesto consideramos que, a tenor de lo dispuesto, los incapacitados con carácter previo no pueden ser patronos de una fundación.

Problema distinto plantea el supuesto de que quien formaba parte del patronato resulte incapacitado con posterioridad al nombramiento y aceptación del cargo de patrono. En tal caso nos hallamos ante una causa de cese en el cargo, regulada en el artículo 332-12 letra b) del Código Civil de Cataluña. Es importante destacar esta consecuencia porque la legislación gallega y vasca no determinan el cese del patrono sino que el artículo 14,1 Ley 7/1983, de 25 de junio, de Régimen de las Fundaciones de interés Gallego (modificada por Ley 11/1991, de 8 de noviembre) y el artículo 11,2 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones, del País vasco mantenían la regla del artículo 10,3 del Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el

---

<sup>200</sup>DE CASTRO, Federico; *La persona jurídica*, op. cit. Pág. 731.

<sup>201</sup> Siguiendo a VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos; "El interés superior del menor" en *Derecho de la persona*. Editorial Bosch. Barcelona 2011. Págs. 25-50.

Reglamento de las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas, a cuyo tenor *“las personas incapacitadas, actuarán en el órgano de gobierno, por medio de sus respectivos representantes legales”*. Este Reglamento está dividido en tres Títulos: el primero dedicado a actividades asistenciales privadas en materia de educación, ciencia y cultura; el segundo, dedicado al Registro de fundaciones culturales privadas; y el tercero, al Protectorado del Estado sobre las mencionadas fundaciones y entidades análogas. Hoy este decreto está derogado.

Con ello resulta que en tales textos la plena capacidad de obrar no es requisito para ser titular del cargo de patrono, sino simplemente para su ejercicio.

#### **7.2.2.1.3 Los Pródigos**

La prodigalidad merece un especial tratamiento debido a que en la actualidad no puede considerarse como un supuesto más de incapacitación. La prodigalidad, únicamente, podría considerarse un supuesto de limitación de la capacidad, en el sentido de que el pródigo no tiene plena capacidad de obrar. Del mismo modo, en el supuesto de la incapacitación, será la sentencia la que determine los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador (artículo 242, 2 Código de Familia).

No cabe duda de que lo conveniente será que la sentencia alcance a los actos de gestión derivados del cargo de patrono para evitar cualquier posible pretensión de admitir a un pródigo en este oficio; la justificación de la declaración de prodigalidad constituye un argumento suficiente para excluirlo de la gestión de intereses ajenos<sup>202</sup>.

#### **7.2.2.2 No estar inhabilitado para el ejercicio de cargos públicos**

En vía penal son posibles las condenas que lleven anexa la inhabilitación para ocupar esta clase de cargos (artículo 39 y ss. Código Penal). Este tipo de condena implica que el sujeto condenado queda excluido de la posibilidad de ocupar el cargo de patrono (artículo 332-3 párrafo segundo b) del Código Civil de Cataluña) o deba cesar en este cargo (artículo 332-12 b) del Código Civil de Cataluña).

La posición de patrono no puede calificarse en sentido estricto de *cargo público* por lo que un anterior cese como patrono, por ejemplo, a causa de una actuación negligente, no impide ser patrono de otra fundación. El Código Civil de Cataluña no considera tal evento, ni como causa que impida adquirir la condición de patrono, ni como causa de cese, por lo que parece recomendable, a través de la libertad estatutaria, prever esa

---

<sup>202</sup>La misma solución debe admitirse, en el ámbito de la ley estatal, cuando quien ya es patrono sea declarado pródigo.

hipótesis como causa de cese de los patronos. Cuando la calidad de patrono sea atribuida al titular de un cargo podrá actuar en su nombre la persona que reglamentariamente lo sustituya. En ningún caso pueden los patronos delegar su representación, pues el ejercicio del cargo es personalísimo.

#### **7.2.2.2.1 Los condenados por delitos contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico o por delitos de falsedad**

En el ámbito de las fundaciones, la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, no contemplaba la exclusión de estos sujetos del ejercicio del cargo de patrono. Según pacífica doctrina, se consideraba que la declaración de quiebra o de concurso no suponía la incapacidad, sino la inhabilidad del individuo o, en todo caso, una particular limitación de su capacidad de obrar (artículo 978,1 Código de Comercio y 1914 del Código Civil)<sup>203</sup>.

No obstante, resulta de una claridad meridiana que en este supuesto nos encontramos en análoga situación a la que ocurre respecto a los pródigos, y parece obvio que no resulta coherente que esta circunstancia constituya una característica que deba concurrir en la persona del patrono; por lo que será preciso interpretar esta situación en un sentido amplio.

Siguiendo en este punto opiniones destacadas<sup>204</sup>, podemos continuar con la referencia a los concursados y los quebrados así como a quienes por cualquier razón estén privados absolutamente de la libre disposición de sus bienes. Parece existir en todos estos casos un substrato común *“la desconfianza de que realicen actos perjudiciales para tales patrimonios y el dato objetivo de que no disponen de bienes para responder de los perjuicios que pudieran causar a los mismos”*.

No parece en modo alguno coherente, que quien ha sido condenado por un grave incumplimiento de las leyes y de las disposiciones sociales, -entendido en el sentido de delito de carácter laboral-, pueda ocupar el cargo de patrono de una fundación, por lo que las mismas consideraciones que cuestionan su aplicación en el ámbito de las sociedades, son reproducibles con mayor intensidad aquí.

Este razonamiento se impone en el Código Civil de Cataluña de tal forma que entre los requisitos que deben de reunir los miembros del patronato, si son personas físicas, se

---

<sup>203</sup>MARTÍNEZ FLORES, Aurora; *Las interdicciones legales del quebrado*, Civitas, Madrid 1993. Pág. 362.

<sup>204</sup>SALELLES CLIMENT, José Ramón y VERDERA SERVER, Rafael. op. cit. Pág. 140-141. CUSCÓ, Margarita y CUNILLERA, Montserrat; *Comentarios a la Ley 50/2006, de 26 de diciembre*. Pág. 118.

incluye el de no haber sido condenado por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico o por delitos de falsedad.

### 7.3 Vicisitudes del cargo de patrono

#### 7.3.1 Nombramiento del patrono

La cuestión de la designación de los miembros del patronato se relaciona directamente con los requisitos mínimos que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña exige en el documento de constitución de una fundación por medio de la carta fundacional. Entre tales extremos se encuentra la designación de las personas que han de constituir el primer patronato (artículo 331-4 e). No obstante, la ley establezca esta previsión, es preciso tener en cuenta que con ello sólo obtenemos la composición originaria del patronato: diversas modificaciones posteriores pueden alterar esta designación.

En los estatutos de la fundación debe constar, en su caso, además de las personas que han de constituir el primer patronato, la manera de designar y de renovar los miembros del patronato, así como los cargos de este órgano. Cabe señalar en este punto, por su exactitud, que algunas opiniones destacadas, subrayan, que la tendencia al nombramiento en la escritura constitutiva del patronato es puramente instrumental, a los efectos de cumplimiento de las exigencias legales y a la espera de la decisión acerca de la composición definitiva de este órgano. Este fenómeno se constata especialmente cuando la fundación se abre a la participación sucesiva de una pluralidad de entidades<sup>205</sup>.

La identificación de los patronos es uno de los requisitos mínimos que, debe contener la escritura de constitución de la fundación, así como la aceptación del cargo, si se efectúa en el momento fundacional. Y ello, por cuanto, la aceptación supone el inicio del ejercicio de las funciones de patrono y su posible responsabilidad. De este modo, y a través de los estatutos, la cuestión queda confiada a la autonomía de la voluntad, de los fundadores.

La naturaleza jurídica del acto de nombramiento no deja de plantear ciertas dudas. Un sector de la doctrina mercantil ha señalado su carácter de negocio jurídico unilateral; aunque la aceptación sea necesaria para que surta sus efectos, no supone más que un presupuesto o condición para que el nombramiento sea efectivo<sup>206</sup>. No faltan

---

<sup>205</sup> DEL CAMPO ARBULLO, José Antonio; *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994*.op. cit.

<sup>206</sup> En la doctrina, GARRIGUES, Joaquín (1973) en "Órganos de la sociedad. De los administradores" GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo; *Comentario a la Ley de Sociedades*

tampoco, otros que entienden, que el nombramiento constituye una declaración de voluntad que se une con la declaración de voluntad de aceptación formando un negocio jurídico bilateral; es decir, un contrato<sup>207</sup>. La explicación que ofrecen los defensores de esta segunda postura consiste en que no cabe hablar de un acto unilateral que no produce efecto alguno sin la concurrencia de otra declaración de voluntad, y menos aún, si esta otra declaración de voluntad también se califica de acto unilateral.

Finalmente, se encontraría la postura, de aquellos que entienden que entre el administrador y la sociedad, o bien por analogía entre el patrono y la fundación, se establece una doble relación: orgánica en virtud del nombramiento; y contractual, en virtud del contrato de empleo o de administración<sup>208</sup>. En opinión de autores destacados *“los administradores, en un aspecto externo constituyen un órgano de la sociedad, mientras que en su aspecto interno cada uno de sus miembros está ligado a la sociedad por una relación jurídica que participa del mandato y del arrendamiento de servicios”*<sup>209</sup>.

### 7.3.2 Aceptación del cargo

#### ■ Modos de aceptación

Los patronos entran en funciones después de haber aceptado expresamente el cargo. La aceptación, determina el momento, a partir del cual, los patronos comienzan a ejercer sus funciones.

#### ■ Caracteres de la aceptación

La ley exige que la aceptación del nombramiento por parte de los patronos sea “expresa”. Esta previsión suscita diferentes interpretaciones: ¿se excluye la

---

Anónima, T.II, Imprenta Aguirre, Madrid, 3ª edición revisada, corregida y puesta al día por MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel. Págs. 7-224; BÉRGAMO, Alejandro (1970), *Sociedades Anónimas (Las acciones)*. Prensa Castellana y SANCHEZ CALERO, Fernando (1994) comparten esta opinión.

<sup>207</sup>ARANGUREN URRIZA, Francisco José (1990) en “Los órganos de la sociedad anónima: II. Los administradores de la sociedad anónima”, en GARRIDO DE PALMA Víctor Manuel, SÁNCHEZ GONZÁLEZ José Carlos, ARANGUREN URRIZA, Francisco José, MARTÍNEZ FERNANDEZ, Tomás y GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier; *Las sociedades de capital conforme la nueva legislación. Las sociedades de responsabilidad limitada, en comandita por acciones*. Trivium, Madrid, 3ª edición, Págs. 488-527 y POLO SANCHEZ, Eduardo (1992) en Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas) en AA VV, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, MENÉNDEZ, Aurelio y OLIVENCIA, Manuel. T. VI, Civitas, Madrid, 1ª edición, Pág. 588.

<sup>208</sup>VICENT CHULIÁ, Francisco y BROSETA PONT, Manuel; *Compendio crítico de Derecho mercantil T.I, Vol. I, Comerciantes. Sociedades. Derecho industrial*, José María Bosch. Barcelona 1990, 3ª edición. Págs. 1-680

<sup>209</sup>POLO SANCHEZ, Eduardo. *Ibidem*. Pág. 588.

declaración tácita? o ¿sólo la presunta?. A nuestro entender, lo que parece excluir sin duda alguna, sería una aceptación tácita o por hechos concluyentes.

En consecuencia, el desempeño por uno de los designados de las funciones propias del cargo de patrono no permite entender que dicho sujeto haya aceptado el nombramiento. Esta exigencia del carácter expreso de la aceptación guarda relación con las diversas formas que ha de revestir el acto.

### ■ Forma de la Aceptación

El Código Civil de Cataluña admite que la aceptación se efectúe alternativamente en cuatro formas distintas; en escritura pública, en documento privado con firma legitimada notarialmente, mediante certificación del secretario con firma legitimada, o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones. Las cuatro formas previstas en el artículo 332-5 del Código Civil de Cataluña presentan caracteres bien distintos y se mueven en planos diferentes.

La primera forma de aceptación del cargo prevista por la ley catalana hace referencia a la aceptación en escritura pública, bien en la carta fundacional o en otra escritura pública. Es preciso destacar, al respecto de esta forma, la diferente regulación existente entre la legislación catalana y la ley estatal de fundaciones. El artículo 15,3 de la ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, no exige que la aceptación conste en escritura pública (como requiere la ley catalana), -sino que se refiere a una categoría más amplia como es la del documento público-<sup>210</sup>. Evidentemente, la escritura pública constituye un caso de documento público y, por ello, el supuesto previsto en el artículo citado de la ley catalana es más explícito ya que además, el mismo precepto ofrece la posibilidad que esta aceptación pueda llevarse a cabo en la misma carta fundacional o bien si ello no fuera, posible en cualquier otra escritura pública.

La segunda forma de constancia de la aceptación se refiere al documento privado, con firma legitimada por notario, con lo que existe una remisión a la legislación notarial. Al reconocer esta forma de aceptación, la ley recoge un mecanismo frecuentemente utilizado en la práctica. Probablemente este medio será empleado con cierta frecuencia para dotar de eficacia a las aceptaciones contenidas en las actas del propio patronato

---

<sup>210</sup> Con la referencia al “documento público”, el legislador alude a una precisa categoría normativa: los documentos autorizados por un notario o un empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley.



La tercera forma de aceptación que la ley ofrece, más flexible aún que la anterior, consiste en la posibilidad de que quede constancia de la aceptación por la certificación del Secretario, si dicha aceptación se hubiera producido en la reunión del patronato.

Finalmente, la ley contempla la posibilidad de que la aceptación se lleve a cabo por comparecencia del secretario o secretaria, o de la persona que acepta el cargo ante el protectorado. La comparecencia en el Registro de Fundaciones a la que hace referencia el presente artículo, va a depender de la estructura reglamentaria de esta institución y en especial de cuáles sean las competencias y las potestades del “*responsable del Registro*” (artículo 336-2 Código Civil de Cataluña).

No podemos olvidar que el artículo 331-4 del Código Civil de Cataluña, menciona la posibilidad de que en la escritura pública de constitución de la fundación conste, junto a la identificación de las personas que integran el patronato, su aceptación, si se efectúa en el momento fundacional

Realmente es poco riguroso que entre los requisitos mínimos que la ley exige en la escritura de constitución de la fundación, aparezca un elemento, como es la posible aceptación de los patronos, que no viene exigido en ese momento por ninguna norma, por lo que tiene carácter eventual. No obstante, esa posibilidad no sólo es clara al limitarse el artículo 331-4 del Código Civil de Cataluña, a establecer un contenido mínimo de la escritura de constitución y, nada impide que esa aceptación conste en ese documento, -sino que además esta posibilidad la ofrece la ley de manera expresa, en el artículo 332-5 del Código Civil de Cataluña, cuando la contempla entre las posibles formas de aceptación del cargo de patrono.

La ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, establece la obligación de notificar la aceptación formalmente al protectorado, así como a inscribirla en el Registro de Fundaciones (artículo 15,3) La legislación catalana no establece esta obligación. No obstante, la aceptación del cargo de patrono se constata cuando la aceptación del patrono se haya producido en la carta fundacional.

En cuanto a los efectos de la inscripción en el Registro, parece claro a tenor del artículo 332-5 del Código Civil de Cataluña, que la aceptación del patrono no es constitutiva. Aunque, en todo caso, el momento determinante para entrar a ejercer sus funciones es la aceptación. La inscripción tendrá en su caso, efectos de publicidad frente a terceros.

### ■ Efectos de la aceptación

La ley establece que la aceptación constituye el momento a partir del cual los patronos entran a ejercer sus funciones. Para alcanzar este resultado no se requiere la inscripción en el Registro sino que basta con la aceptación expresa, lo cual, no deja de tener relevancia para la protección de los terceros. La responsabilidad de los patronos está subordinada a su condición de tales y se alcanza con su aceptación.

En aquellos supuestos en que el cargo de patrono esté sujeto a un plazo temporal de duración, se plantea la cuestión acerca de cuál será el momento inicial para el cómputo de dicho plazo: si éste será el nombramiento o la aceptación. La inexistencia de un período, en el que el patrono deba aceptar o rechazar el nombramiento acentúa la relevancia de este problema pues permite que exista cierta discordancia entre uno y otro momento. Del análisis del articulado, y debido a su carácter escueto, no es posible llegar a una solución segura.

#### 7.3.3 Duración del cargo

El Código Civil de Cataluña regula en el mismo artículo además de la aceptación, la duración del cargo de patrono y establece que el cargo de patrono podrá tener una duración temporal, indefinida o vitalicia.

La ley estatal, 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, no menciona la temporalidad del cargo entre los caracteres del cargo de patrono. No obstante, sí establece como causa de cese de los patronos, el transcurso del período de su mandato, si fueron nombrados por un determinado tiempo. Este hecho indica que no existe obstáculo para que el fundador en los estatutos establezca un determinado plazo de duración para ocupar el cargo; pero también se deduce *a sensu contrario* que el cargo puede ser vitalicio.

Al regular el contenido mínimo de los estatutos, el Código Civil de Cataluña determina, que las formas de designación, sustitución y cese de los patronos deben constar en Estos, sin establecer, en un principio, ninguna limitación<sup>211</sup>.

La norma fundamental en esta materia se deduce del artículo 332-12, letra d) del Código civil de Cataluña, que establece como causa de cese de los patronos *“la finalización del plazo del mandato, salvo que hubiera renovación”*. Sin embargo, no

---

<sup>211</sup>Un ejemplo de esta libertad se encuentra en el caso analizado por la STS 1 marzo 1995 (ACTC 1995, 556), comentada MARÍN LÓPEZ, 1995. Pág. 875 y ss., donde para elegir a los patronos se debía constituir una denominada “junta de electores”, integrada por el alcalde de cierta población palentina, el cura párroco, tres parientes del fundador y cinco de los mayores contribuyentes del pueblo designados por el alcalde.

parece que exista obstáculo alguno a una previsión estatutaria que sancione el carácter vitalicio del cargo de patrono con independencia de que se refiera o no al fundador. Naturalmente, si cabe la existencia de un patrono vitalicio, nada impide que el patrono sea nombrado por un periodo inferior fijado previamente como admite el artículo 331-9 f) del Código Civil de Cataluña, al señalar la posibilidad de hacer constar en los estatutos la duración del mandato.

El problema fundamental que se plantea en esta materia y que la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, no resolvía, ni lo hace tampoco el Código Civil de Cataluña, radica en determinar con qué duración es nombrado un determinado patrono si se guarda silencio en ese nombramiento. Del artículo 332-5 del Código Civil de Cataluña podemos extraer la admisibilidad tanto de una duración vitalicia como temporal; pero, obsérvese, que esta segunda posibilidad se plantea de forma condicional *“si las personas fundadoras así lo han establecido en la carta fundacional”*.

La pregunta que inmediatamente cabe formularse será, ¿qué sucede si no hay fijación de tiempo en el nombramiento? En tales supuestos, la duración del cargo no se encuentra predeterminada mediante una rígida unidad temporal. Si bien, la cuestión puede ser resuelta a través de los estatutos de la fundación, solución que parece ser la más adecuada y conveniente. Aun así, no se puede ocultar que, en caso de silencio estatutario, el Código Civil de Cataluña parece dar a entender que, salvo previsión en contrario, el nombramiento tiene carácter indefinido.

#### **7.3.4 Gratuidad**

Comentario especial merece la consideración del carácter gratuito del cargo de patrono, que parece desprenderse de su constitución. Sin embargo, últimamente, como se admite en algunas leyes autonómicas, -entre ellas, la catalana-, no existe inconveniente alguno en que los patronos puedan percibir algún tipo de retribución, lo que parece en consonancia con la posibilidad de auto contratación.

Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente, sin que, en ningún caso, puedan percibir retribución por el mero ejercicio de su cargo, aunque tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione.

En la doctrina, es comúnmente aceptado, que el desembolso de los gastos obedece a la conveniencia de evitar un enriquecimiento injusto por parte de la fundación. Se trata de un desembolso efectuado por el desempeño del cargo de patrono, y por lo tanto, en

beneficio de la fundación, por lo que no tiene carácter remuneratorio, sino que su finalidad será resarcir.

Cuestión distinta será si este reembolso deberá también incluir los intereses de la cantidad anticipada desde el día en que se efectuó el desembolso, en el sentido del artículo 1728 del Código Civil; y si, como apunta algún autor, debería efectuarse una lectura amplia del artículo 332-10 apartado segundo del Libro tercero del Código Civil de Cataluña que la aproxime al artículo 1729 del Código Civil, por la que la fundación debería indemnizar al patrono de todos los daños y perjuicios, que le haya causado el desempeño del cargo, siempre que no se deban a culpa o imprudencia del propio patrono<sup>212</sup>.

En cuanto a los gastos con derecho a reembolso efectuados por los patronos de la fundación, en la Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, no se deducía la limitación genérica del alcance de estos gastos. Sin embargo, el Código Civil de Cataluña, en el artículo 332-10 establece, a este respecto, que los gastos deben estar debidamente justificados. Además, en relación a este tema, resulta conveniente destacar la novedad que introduce el Código Civil de Cataluña y que no contemplaba la anterior normativa, consistente en el derecho de los patronos al anticipo de los gastos debidamente justificados.

En el caso de la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; no existe tampoco un límite, ya que las cantidades reembolsadas por estos gastos, tienen el concepto de gastos de administración. No obstante también, se exige que estos gastos sean debidamente justificados.

La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña modifica el artículo 332-10 del Código Civil de Cataluña e introduce importantes novedades en relación a la gratuidad del cargo de patrono.

El artículo 332-10 del Código Civil de Cataluña en su redacción original, no permitía ningún tipo de relación laboral o profesional retribuida con la fundación, en el caso de las fundaciones con más de veinticinco trabajadores en las que concurrieran al menos dos de las circunstancias siguientes:

- Que el total de activo superara los 6 millones de euros
- Que el importe del volumen anual de ingresos ordinarios fuera superior a 3 millones de euros.

---

<sup>212</sup>SALELLES CLIMENT, José Ramón y VERDERA SERVER, Rafael; *El Patronato de la Fundación*,... op. cit. Pág. 146.

En los demás casos, la relación laboral o profesional podía establecerse mediante un contrato que determinara claramente las tareas laborales o profesionales que se retribuyan.

El nuevo artículo 332-10.2 del Código Civil de Cataluña, según modificación operada por la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero contempla la posibilidad de que los patronos puedan contratar una relación laboral o profesional retribuida con la fundación, siempre y cuando se articule mediante un contrato que determine claramente las funciones laborales o profesionales retribuidas y que, en todo caso sean diferentes a las funciones propias del cargo de patrono. Puede observarse como el nuevo artículo 332-10.2 elimina la previa autorización del protectorado para poder contratar.

El apartado 3 del mismo artículo introduce, en relación a la gratuidad, importantes novedades: establece que un patrono puede ejercer funciones de dirección o tener relaciones laborales o profesionales retribuidas con cualquier tipo de fundación, siempre que se cumplan determinadas condiciones formales de contratación.

Las condiciones formales de contratación a las que se refiere son las siguientes:

- El patronato ha de presentar al Protectorado, previamente a la contratación, la declaración responsable.
- Si la cuantía del contrato o contratos formalizados con un patrono supera los 100.000 euros anuales o al 10% de los ingresos meritados en el último ejercicio económico cerrado y aprobado por el patronato, deberá acompañarse junto con la declaración responsable, un informe validado por técnicos independientes que justifique que la contratación es beneficiosa para la fundación y que responde a criterios del mercado laboral o profesional.

Conviene resaltar, en relación a la cuantía del contrato, que el Proyecto de Ley de Modificación del Código Civil de Cataluña, establecía como cuantía límite 60.000 euros en lugar de los 100.000 euros. Al parecer, con este aumento en la cuantía se ha pretendido suavizar el intervencionismo del protectorado en la vida de la fundación.

- También será necesario el anterior informe en el caso que el coste anual de los contratos formalizados con los patronos, más el coste del nuevo contrato a formalizar supere el 10% de los ingresos certificados en el último ejercicio económico cerrado y aprobado por el patronato.

El Proyecto de Ley de Modificación del Libro tercero, relativo a las personas jurídicas también contemplaba una menor cantidad (5% de los ingresos

certificados en el último ejercicio económico cerrado) a la finalmente establecida por la Ley 7/2012, de 15 de junio, que la cifra en un 10%.

El apartado cuarto del artículo 332-10 del Código Civil de Cataluña, señala que el número de patronos con relación laboral o profesional no puede ser, en ningún caso, igual o superior al número de patronos previsto para que el patronato se considere válidamente constituido.

### **7.3.5 Auto contratación**

El Código Civil de Cataluña así como la Ley del País Vasco 12/1994, de 17 de junio, admiten expresamente la posibilidad de fijar una retribución para los patronos que presten a la fundación tareas de dirección, gerencia o de administración, y dispone que podrán ser retribuidos por el ejercicio de estas actividades en el marco de una relación contractual, incluidas las de carácter laboral, bajo las estrictas condiciones previstas en la normativa.

Puede destacarse, en relación a este asunto, lo que señala el Consejo de Estado, en el Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Fundaciones, de 9 de julio de 2002, que aunque referido a la ley estatal, puede también resultar de aplicación

*“La ley vigente aunque establece en el artículo 15,4 que los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin que en ningún caso puedan percibir retribución por el desempeño de su función, no impide como señaló el Consejo de Estado en su dictamen 1036/96, que puedan desarrollar actividades para la fundación (distintas a las propias del cargo de patrono,) actividades que se verán afectadas por el principio de gratuidad”.*

Si bien el protectorado, con arreglo al artículo 26 (artículo 28 en la ley) ha de autorizar

*“(…) los contratos de los patronos con la fundación, habría de denegar la autorización cuando se pretenda utilizar la auto contratación de manera fraudulenta o con un desvío de los fondos de la fundación desde los fines que justifican su existencia hacia el lucro personal de los patronos. (...) Cabe admitir la nueva formulación, ya que el principio de gratuidad se enuncia de un modo categórico, como regla general, y la posibilidad de excepción aparece vinculada tanto a la voluntad del fundador como a la autorización del Protectorado, para evitar las distorsiones y perturbaciones que por la vía de estas retribuciones, pudieran producirse en la vida y funcionamiento de las*

*fundaciones y en las expectativas mismas de preservar y procurar la consecución de los fines fundacionales*

De entre las propuestas formuladas por la Confederación Española de Fundaciones al Anteproyecto de Ley de Fundaciones, figuraba la sugerencia de retribuir a los patronos que asuman efectivamente funciones delegadas y de dirección de la fundación, de igual manera como son retribuidos los directores o gerentes de las fundaciones y tal como han reconocido las leyes de las Comunidades Autónomas de Cataluña y el País Vasco.

La nueva Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones prevé que para que los patronos puedan llevar a cabo un trabajo remunerado en la fundación, estos precisan de la autorización previa del protectorado. De este modo, la ley establece 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 las personas físicas que actúen como representantes de los patronos.

El Código Civil de Cataluña admite la posibilidad de auto contratar. De este modo, en el ámbito autonómico, la única ley que excluye expresamente la posibilidad de auto contratar es la Ley 10/1996, de 2 de julio, de Navarra, que preceptúa que el cargo de patrono será incompatible con cualquier prestación de servicios a la entidad de carácter retribuido. Además, esta incompatibilidad alcanzará también al fundador y a su cónyuge.

A tenor de lo dispuesto por el apartado 2 del artículo 332-9 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña en su redacción por la Ley 4/2008, de 24 de abril, la fundación no puede suscribir con sus patronos -o personas a ellas vinculadas- contratos de compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles o muebles de extraordinario valor, de préstamo de dinero, ni de prestación de servicios retribuidos sin la autorización previa del protectorado. La ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, modifica el artículo 332-9 y, dispone que *“los patronos y las personas que con los mismos se equiparan (...) sólo pueden realizar operaciones con la fundación si queda suficientemente acreditada la necesidad y la prevalencia de los intereses de la fundación sobre los particulares del patrono o de la persona equiparada.*

Se equipara, al interés personal, al efecto de apreciar la existencia de un conflicto de intereses, el interés de las siguientes personas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 312.9.3 del Código Civil de Cataluña:

- En caso de que se trate de una persona física, el del cónyuge, el de otras personas con quien se esté especialmente vinculado por vínculos de afectividad, el de sus parientes en línea recta sin limitación, y en línea colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad y el de las personas jurídicas en que se ejerzan funciones de administración o con las que se constituya directamente o por medio de una persona interpuesta, una unidad de decisión, de acuerdo con la legislación mercantil.
- En caso de que se trate de una persona jurídica, el de sus administradores o apoderados, el de los socios de control y el de las entidades que formen con la misma una unidad de decisión de acuerdo con la legislación mercantil.

Además el nuevo artículo 332-9 establece como obligación, que antes de llevar a cabo la operación, los patronos han de adoptar una *declaración responsable* que deberán presentar ante el protectorado conjuntamente con la documentación justificativa pendiente. De este modo, se simplifica el régimen de autorización previa del protectorado previsto en la Ley 4/2008, de 24 de abril del libro tercero del Código Civil de Cataluña y se sustituye por la denominada *declaración responsable* que contempla la posibilidad de que la fundación pueda realizar cualquier clase de operación con sus patronos -o personas a ellos vinculadas- si el patronato emite previamente una declaración responsable que acredite su necesidad e interés y la presenta al protectorado.

### **7.3.6 Sustitución, cese y suspensión del desempeño del cargo de patrono**

En primer lugar es necesario determinar la distinción normativa entre *cese* y *sustitución*. En este sentido, es preciso destacar que así como en toda sustitución existe como presupuesto implícito un cese, no en todo cese se dará necesariamente una sustitución. Esta diferencia supone que ambas categorías no puedan equipararse, porque aunque puede darse una coincidencia entre ambas situaciones, no siempre ocurre así.

#### **7.3.6.1 Sustitución**

Por lo que se refiere a la sustitución, hay que señalar la escasa trascendencia que tiene la previsión legal del artículo 332-12 del Código Civil de Cataluña. La sustitución de los patronos se producirá en la forma prevista en los estatutos. Cuando no sea posible hacerlo de este modo, se procederá de conformidad con lo dispuesto para los supuestos de modificación de los estatutos, en cuyo caso, el protectorado quedará facultado, hasta que la modificación estatutaria se produzca, para designar a la



persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación.

La Ley dedica un solo precepto al problema de la sustitución, para solucionar el conflicto que se ocasiona cuando el sistema estatutario carece de eficacia por cualquier motivo. Si se produce esta situación, se legitima al protectorado para designar a quienes asuman el cargo de patronos (artículo 332-6 Código Civil de Cataluña). La hipótesis descrita debe diferenciarse de la contenida en el artículo 336-4 del Código Civil de Cataluña, que puede llegar a permitir una intervención temporal de la fundación por parte del protectorado, cuando 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; tras un requerimiento al patronato para que corrija aquellos problemas, esta intervención temporal debe ser acordada judicialmente y como su propio nombre indica, no puede ser indefinida.

La Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, nada indicaba acerca de la posibilidad de prever la existencia de patronos suplentes, como sí lo hace el artículo 59 de la Ley Sociedades de Responsabilidad Limitada<sup>213</sup>, que contempla, -salvo disposición estatutaria en contrario- el nombramiento de suplentes para los administradores, en el caso de que por cualquier causa cesen uno o varios de ellos. Sin embargo, el silencio de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, no debía, a nuestro entender, interpretarse como una prohibición de esta posibilidad. La libertad estatutaria que dispensaba en esta materia el artículo 11,1 f) de la ley, justificaba que se pudieran predeterminar los patronos suplentes de los inicialmente designados; en el fondo, la existencia de patronos suplentes, no es otra cosa que una especial forma de sustitución de los miembros del patronato.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña, afortunadamente, resuelve esta cuestión de manera oportuna y dispone que si la autoridad judicial ordena la intervención temporal de una fundación, el protectorado asumirá las funciones legales y estatutarias del patronato y puede delegar su ejercicio en terceras personas idóneas, que deben ser retribuidas a cargo de la fundación intervenida.

---

<sup>213</sup> Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada

### **7.3.6.2 Cese**

A la cuestión del cese del cargo de patrono, dedica el artículo 332-12 del Código Civil de Cataluña buena parte de su atención, a partir de la enumeración de las posibles causas de cese. El apartado primero contiene una larga lista que en modo alguno impide la determinación estatutaria de otras causas, por lo tanto no existe contradicción ninguna entre el contenido de los estatutos, en relación a la regulación de la composición, forma de designación y duración del mandato de los patronos y las causas de cese de los patronos. No obstante, conviene reseñar que, aunque esta enumeración pudiera tener pretensiones de carácter taxativo, la admisión, como causa de cese de aquellas que válidamente se establezcan en los estatutos, permite la relevancia de otros supuestos.

De conformidad con lo dispuesto en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, el cese de los patronos de una Fundación, puede sistematizarse a partir de la siguiente clasificación:

- Cese por cuestiones personales: engloba los supuestos de muerte, declaración de fallecimiento, incapacidad, inhabilitación, incompatibilidad y renuncia.
- Cese automático: se trata de aquellos supuestos de cese en el cargo, en función del cual se designó al patrono cuando éste representa a una persona jurídica, y el cese por el transcurso del tiempo previsto como duración del mandato.
- Cese o suspensión impuesta judicialmente: incluye los supuestos de cese por no desempeñar el cargo con la diligencia exigida y el cese o suspensión en juicio sobre responsabilidad del patrono.
- Cese por las causas previstas en los estatutos.

#### **7.3.6.2.1 Cese por cuestiones personales**

##### *a) Por muerte o declaración de fallecimiento*

Al ser el cargo de patrono personal – y personalmente ejercitarse (salvo en aquellos supuestos en que se admite la delegación)- será también intransmisible a los herederos por causa de muerte. El Código Civil de Cataluña contempla como causa de cese de los patronos, cuando éstos son personas físicas, la muerte o declaración de fallecimiento.

No obstante, en el supuesto de que el cese del patrono se hubiera producido por su declaración de fallecimiento y éste apareciese con posterioridad, no recobrará su condición de patrono que quedó extinguida anteriormente, en virtud de la resolución

judicial en la que se le declaraba fallecido, por las causas contempladas en la ley; si bien, nada impedirá que, dentro de las previsiones estatutarias, pueda ser nombrado nuevamente patrono.

En el caso de que el patrono sea una persona jurídica, éste cesará en el cargo como consecuencia de su disolución por alguno de los motivos que, atendiendo al carácter de la persona jurídica de que se trate la provoque.

La anterior ley estatal, Ley 30/1994, de 26 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General añadía, además, dentro de esta misma causa, la extinción de la persona jurídica, lo que a nuestro entender, resulta redundante e innecesario, ya que dicha causa quedaba implícitamente recogida dentro de las posibles causas de cese de los patronos de una fundación.

*b) Por incapacidad e inhabilitación*

El cese por las causas de incapacidad e inhabilitación de los patronos debe ponerse en relación con los requisitos exigidos que el artículo 332-3 apartado segundo del Código Civil de Cataluña dispone para ser nombrado patrono de una fundación, que se concentran en uno solo: tener plena capacidad de obrar. Este requisito no sólo ha de concurrir en el momento en que el patrono es designado y lo acepta, sino que ha de prolongarse mientras dure su ejercicio.

La Ley estatal 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, recoge también en la letra b) del apartado segundo del artículo 18, entre las causas que pueden producir el cese de los patronos, además de la incapacidad y la inhabilitación: la incompatibilidad. En relación con la incompatibilidad, se admite la posibilidad de que el legislador, por razones de interés general, establezca causas concretas que impidan el desempeño del cargo de patrono a determinadas personas en quienes concurren ciertas circunstancias, o en relación con algunas fundaciones.

**7.3.6.2.2 Cese automático**

*a) Por cese de la persona física en el cargo por razón del cual formaba parte del patronato*

Esta causa de cese se refiere a los llamados patronos natos, es decir aquellos patronos que son nombrados como tales únicamente por razón del cargo que ocupan en una determinada persona jurídica.

*b) Finalización del plazo del mandato, salvo que se renueve*

En el caso de que los estatutos prevean el nombramiento de patrono por un determinado plazo, cumplido éste, se produce el cese automático.

Sin embargo, si los estatutos someten el nombramiento de los patronos a un determinado período –que la ley en ningún modo limita- los estatutos podrán, también, establecer un sistema de prórroga, sin perjuicio de que además puedan instaurar un sistema proporcional de renovación de los miembros del patronato.

*c) Por renuncia notificada al patronato*

La renuncia deberá formalizarse por escrito y únicamente se hará efectiva desde que se notifique formalmente al patronato

En cuanto a la formalización de la renuncia, en el segundo apartado del artículo 332-12 del Código Civil de Cataluña se establece que podrá llevarse a cabo por cualquiera de las formas establecidas y mediante los trámites previstos para la aceptación; esto es; mediante escritura pública, en un documento privado con la firma de la persona física que renuncia al cargo legitimada por notario; mediante certificación del secretario con firma legitimada; o bien, por comparecencia de la persona que renuncia ante el protectorado. No obstante, fuera cual fuese el trámite por el que se hubiera optado, la renuncia sólo producirá efectos ante terceros cuando sea inscrita en el Registro de Fundaciones.

### **7.3.6.2.3 Cese o suspensión impuesta judicialmente**

*a) Sentencia judicial firme que estime la acción de responsabilidad por daños a la fundación o que decrete la remoción del cargo*

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, señalaba como causa de cese del cargo de patrono, “*no desempeñar el cargo con la diligencia debida o haber incurrido en alguna de las causas por las que los patronos son responsables ante la fundación*”. Este motivo de cese debía ponerse en relación íntima con el artículo 20 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, que regulaba las obligaciones de los patronos de una fundación, y disponía que los patronos deben servir el cargo con la diligencia de un administrador leal.

Cuando la Ley hablaba de un *representante leal* se expresaba en términos de puro Derecho Civil, con posibilidades meramente indemnizatorias para lo que escoge un patrón de diligencia abstracto y objetivo. No actúa como un buen administrador quien no prevé o no evita una falta de cumplimiento o evento dañoso que podría haber previsto y evitado, empleando la diligencia que en las específicas circunstancias del

caso era razonablemente exigible de una persona media en el sector del tráfico en cuestión.

No obstante, tal y como expresamente se recoge, la falta de diligencia para motivar el cese del patrono ha de ser declarada judicialmente. Algunos autores han considerado criticable esta exigencia, por cuanto consideran que nada habría impedido que la falta de diligencia fuera apreciada con el alcance expresado y recogido en los estatutos por el propio patronato; más aun, si se tiene en cuenta que la resolución judicial a que se refiere el artículo 22,4 de la Constitución, al que remite el artículo 34,2 de la misma, es exigible para acordar la disolución de la fundación y no para acordar el cese de los patronos por incumplimiento de sus obligaciones, por cuanto no puede pretenderse que el derecho de fundación ampare el derecho subjetivo de los patronos a mantenerse en el desempeño del cargo.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña regula esta cuestión de una manera más ecuánime y conforme a la corriente doctrinal que criticaba la regulación de la normativa anterior. Si existe una sentencia judicial que estime la acción de responsabilidad por daños a la fundación o decreta en su caso la remoción del cargo, se producirá el cese del patrono en el cargo con efectos inmediatos.

Este motivo debe ponerse en relación íntima con el artículo 332-8 del Código Civil de Cataluña, que regula el ejercicio de las funciones de gobierno de los patronos de una fundación, y dispone que los patronos deban servir el cargo con la diligencia de un buen administrador.

#### **7.3.6.2.4 Ley o los Estatutos**

En la regulación del cese de los patronos, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, al igual que la Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad. El artículo 332-12 deja claro que las causas de cese de los patronos no se encuentran tasadas en la enumeración que realiza.

El propio artículo 332-12 del Código Civil de Cataluña prevé como uno de los supuestos de cese "*las causas establecidas válidamente en los estatutos*" lo que concuerda con el artículo 331-9 f), que establece que los estatutos deben incluir las reglas sobre organización y funcionamiento del patronato que deben indicar su composición, forma de designación y renovación de los miembros, duración del mandato de los patronos, régimen de convocatoria de las reuniones, forma de deliberación y de adopción de acuerdos y, procedimiento de aprobación de las actas.

Según ha señalado una parte importante de la doctrina, las causas legales de cese son tantas y tan detalladas que no resulta fácil imaginar que puedan preverse estatutariamente otras distintas, de tal forma que promueven previsiones de taxatividad respecto de las mismas<sup>214</sup>. No obstante, otra parte importante de la doctrina ha detectado en la práctica estatutaria, una cierta variedad de supuestos de cese. Así, se ha hecho referencia entre otras causas, al cumplimiento de cierta edad<sup>215</sup>, o al cumplimiento de las condiciones que con alcance resolutorio se prevean en los estatutos<sup>216</sup>, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, al cese fundado en grave incumplimiento de sus obligaciones frente a la fundación, o al cese anticipado cuando lo decida el patronato<sup>217</sup>.

Queda por considerar, en relación a esta causa, el margen de libertad estatutaria en el establecimiento de causas de cese distintas a las contempladas en el artículo 332-12 del Código Civil de Cataluña. Quizás el tema más relevante, dentro de este plano, sea la posibilidad de establecer una causa de cese basada en la separación *ad nutum* del patrono por el fundador<sup>218</sup>.

La separación *ad nutum* de los patronos por el fundador, recogida como causa de cese de los estatutos puede verse mediatizada por la existencia de relaciones de obras o de servicios de determinados patronos con la fundación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 332-10, segundo inciso del Código Civil de Cataluña. Estas relaciones, como sabemos, serán normalmente retribuidas, de acuerdo con el criterio que fije el patronato. No es imposible, que en la concreta relación jurídica establecida entre patrono y fundación se prevea una indemnización a favor del primero para el caso de que se extinga anticipadamente o para el supuesto de que el patrono sea cesado como tal. Puede plantearse, por ello, en sede de fundaciones, la temática de

---

<sup>214</sup>CORONA ROMERO, E y OTROS; *Fundaciones. Análisis práctico de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, CISS. Valencia, 1995. Pág. 97.

<sup>215</sup>DEL CAMPO ARBULO, José Antonio; *Ley de Fundaciones. Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales.....* op. cit. Págs. 206-227.

<sup>216</sup>CORONA ROMERO y OTROS; *Ibidem*. Pág. 97.

<sup>217</sup>CORONA ROMERO y OTROS; *Ibidem*. Pág. 97. BENEYTO FELIU, Jesús; "Personas jurídicas, Asociaciones y Fundaciones. Parte Tercera. Fundaciones" en *Instituciones de Derecho Privado* (Coord. DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco) Tomo I. Personas. Volumen 3º. (Coord. MARTÍNEZ SANCHIZ, JA.). Consejo General del Notariado- Civitas, Madrid, 2004. Pág. 146 cita, en este sentido, la idoneidad para desempeñar el cargo por circunstancias que puedan dañar la imagen o la labor de la fundación.

<sup>218</sup>DEL CAMPO ARBULO Jose Antonio; *Ley de Fundaciones Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales....* op. cit. Págs. 206-208. Sobre el último supuesto, cese por decisión del patronato, SALELLES CLIMENT, José Ramón y VERDERA SERVER, Rafael; *El Patronato de la Fundación*. op.cit. Pág. 169, señalan que no "resulta fácil determinar hasta qué punto es adecuado que el patronato disponga de la posibilidad de separar a alguno de sus miembros "y se preguntan si en tal caso podría el patronato separar al patrono que sea fundador.

los *contratos blindados*, tan habitual en las sociedades mercantiles de capital, cuya rica problemática y cuya complejidad jurídica no es conveniente tratar en este trabajo.

Se han señalado, como razones para admitir su validez el precedente del Derecho de Sociedades: el supuesto guarda un evidente paralelismo con la separación de los administradores en sociedades mercantiles de capital, tal y como se deduce de los artículos 68,1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y artículo 160 de la Ley de sociedades de capital, modificada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo y se contempla como competencia de la junta general, el nombramiento y cese de los administradores. Podemos invocar el tenor literal del precepto y, en este sentido, el artículo 332-12 del Código Civil de Cataluña admite las causas establecidas válidamente para el cese en los estatutos<sup>219</sup>.

Esa idea ha de entenderse, en principio, sin una especial significación material, pues la correspondiente cláusula estatutaria en la que se contemple el cese de los patronos quedará sometida, como todas las demás, a las reglas generales del Derecho de fundaciones, así como a los límites expresamente dispuestos sobre la libertad contractual. Dado que esta causa no parece contraria a la ley y que, a la vez, no pone en peligro la consecución del fin de interés general que toda fundación ha de perseguir, habrá de concluirse afirmando su validez.

No faltan sin embargo, quienes niegan la posibilidad referenciada<sup>220</sup>, en concreto, que el fundador – sobre todo si es persona jurídica –puede reservarse la sustitución de los miembros del patronato. Y así se ha dicho reconociendo que dichas cláusulas se dan en la práctica, que un sector de la doctrina es favorable a su admisibilidad, y que técnicamente no es admisible la integración de los órganos de gobierno de la fundación desde fuera de ella porque jurídicamente el fundador muere cuando la fundación nace<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> EMBID DE IRUJO, José Miguel; “Gobierno de la fundación”, en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Fundación ONCE. 2005. Pág. 271.

<sup>220</sup> DEL CAMPO ARBULO, José Antonio; *Ley de Fundaciones Comentarios a la Ley 30/1994 de Fundaciones y de incentivos fiscales...*, Óp. cit., Pág. 209.

<sup>221</sup> En la misma idea inciden SALELLES CLIMENT José Ramón y VERDERA SERVET, Rafael; *El Patronato...* op. cit. Pág. 169, al indicar como uno de los inconvenientes de instituir una facultad de revocación *ad nutum* por parte del fundador “contrasta con la desconexión que en la ley estatal tiene el fundador con la fundación una vez creada ésta “. Se preguntan también estos autores cómo se debe actuar cuando son varios los fundadores y si puede el fundador sustituir a todos los patronos.

Otra posible causa de cese que podría introducirse por vía estatutaria es establecer el cese por las mismas causas de incompatibilidad soportadas legalmente por los administradores de las sociedades. Ya dijimos anteriormente, que dichas causas serían aplicables por sí mismas por analogía a los patronos de las fundaciones; pero eso no significa que a través del amplio juego que a la autonomía de la voluntad deja el artículo 332-12 f) del Código Civil de Cataluña, no se puedan introducir como causa estatutaria de cese.

También se ha considerado recomendable, introducir en los estatutos, como causa que impide adquirir la condición de patrono y como causa de su cese, haber cesado anteriormente en la misma fundación o en cualquier otra por determinadas causas; por ejemplo, haber actuado con falta de la diligencia debida o haber sido condenado como responsable por los daños causados a la sociedad<sup>222</sup>.

#### **7.3.6.3 Suspensión**

Por último, es preciso hacer referencia a la suspensión de los patronos, que únicamente podrá ser acordada con carácter cautelar por el Juez y cuando se entable contra ellos la acción de responsabilidad. Se trata, por lo tanto, de una medida de carácter judicial, a la que la ley no alude con carácter expreso no obstante se deduce de diferentes preceptos; por ello, como medida cautelar tendrá vigencia hasta que se resuelva la acción de responsabilidad o hasta que el juez acuerde su levantamiento. Si la acción de responsabilidad prospera, se estará al contenido del fallo de la sentencia y, la medida cautelar dejará de tener efecto. En caso contrario, la medida cautelar quedará también sin efecto y, el patrono podrá seguir ejerciendo su cargo con normalidad, dado que habrá sido absuelto de toda responsabilidad.

Es requisito común a los supuestos de sustitución, cese y suspensión de los patronos, la obligatoriedad de su inscripción en el Registro de Fundaciones.

#### **7.3.7 Obligaciones**

La condición de patrono implica la adquisición de una serie obligaciones que la ley prevé. El incumplimiento de tales obligaciones implica que serán responsables ante la fundación por los daños y perjuicios que a ésta se causaren.

Entre las obligaciones correspondientes a los patronos que la ley señala, se encuentra el deber principal de velar por el cumplimiento de los fines de la fundación. La fundación nace a la vida jurídica para cumplir unos determinados fines de interés

---

<sup>222</sup> Siguiendo la opinión de SALELLES CLIMENT José Ramón y VERDERA SERVET, Rafael; *El Patronato...*, op. cit. Pág. 42.



general (artículo 34 de la Constitución). Es ese carácter teleológico –organización y patrimonio orientado a un fin de interés general- lo relevante para que el ordenamiento jurídico tenga una especial consideración respecto de las fundaciones.

Como la fundación actúa a través de órganos, principalmente, el patronato, que es el órgano de gobierno y representación de la misma, es lógico que éste sea el primer responsable de que se cumplan los fines fundacionales; es decir, que la fundación haga aquello para lo que fue creada.

### **7.3.8 Responsabilidad de los patronos**

El régimen de responsabilidad de los patronos constituye sin lugar a dudas, un aspecto que contribuye de manera directa a perfilar la caracterización y posición de los patronos. La responsabilidad de los patronos no debe contemplarse como un elemento autónomo respecto del resto de los datos relativos al estatuto jurídico de los miembros del patronato; sino por el contrario, es preciso tratar de alcanzar una adecuada conexión entre esos diversos aspectos.

En primer lugar, debe coordinarse el alcance de esta responsabilidad y la posibilidad de retribución de los miembros del patronato. En otras regulaciones se observa un mayor grado de coordinación entre responsabilidad y retribución<sup>223</sup>.

No obstante, resulta destacable el hecho de que la normativa aplicable en materia de fundaciones de Cataluña, sí lo prevea. El establecimiento de un régimen de responsabilidad de los patronos, en función de su actuación supone una lógica consecuencia de la exigencia del desempeño del cargo con arreglo a ciertos parámetros de diligencia<sup>224</sup>.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña introduce algunas novedades en lo que se refiere a la ordenación de la acción de responsabilidad de los patronos, respecto de la normativa anterior.

El artículo 332-11 del Código Civil de Cataluña contempla explícitamente la eventual posibilidad de que los patronos sean responsables ante la fundación por los daños y perjuicios que puedan ocasionar a ésta como consecuencia de su culpa o negligencia.

---

<sup>223</sup> Entre tales regulaciones, se podría mencionar el artículo 16 Decreto de Fundaciones Culturales, si bien en tal disposición, que se remitía parcialmente a los criterios del Código Civil, no se prohibía que los miembros del patronato percibieran retribución por el desempeño de sus funciones.

<sup>224</sup> Según DE LORENZO GARCÍA, Rafael; "Comentario a los Art. 12 a 16", en AA VV, *Comentarios a la Ley de Fundaciones...* op.cit. Págs. 239-262.

A tenor de este artículo, parece necesario plantearse cuál es la caracterización que la propia Ley ofrece de esta responsabilidad.

#### **7.3.8.1 Tipos de responsabilidad de los patronos**

El primer aspecto que debe considerarse consistirá en determinar si la responsabilidad de los patronos puede calificarse de orgánica, contractual o bien extra contractual. Esta cuestión está por lo tanto, relacionada con la caracterización que se efectúe respecto de la relación existente entre el patrono y la fundación.

A nuestro entender, no existe lugar a dudas del carácter de órgano del patronato de la fundación; aunque en relación a este punto no existe ni en los textos legales ni en la doctrina una construcción acabada sobre la responsabilidad orgánica.

Por otra parte, resulta evidente que debe descartarse que la responsabilidad de los patronos frente a la fundación constituya un supuesto de responsabilidad extra contractual. En nuestra opinión, la responsabilidad entre los patronos y la fundación se enmarcaría dentro de las obligaciones, en la medida que la responsabilidad contractual entra en juego siempre que exista una previa relación entre los implicados.

La aceptación del cargo de patrono implica para el patrono, la obligación de desempeñar el cargo con la diligencia de un buen administrador (artículo 332-8 apartado primero del Código Civil de Cataluña) y será precisamente, la infracción de esta diligencia, uno de los presupuestos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad del patrono. Esta responsabilidad encuentra, además, su acomodo en el artículo 1101 del Código Civil español, puesto que se sujetan a indemnización los daños y perjuicios causados en el supuesto de que, en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad.

Tal y como apunta una parte significativa de la doctrina, la importancia de esta calificación se encuentra al analizar el plazo de prescripción de la acción contra los patronos. La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, no establecía nada al respecto, como tampoco lo hace la actual Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones. La aplicación de las normas generales de responsabilidad conducía a resultados diferentes en función del carácter que se le asigne; es decir, bien sea considerada contractual o extra contractual, puesto que los plazos de una y otra son distintos<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup> Siguiendo a SALELLES CLIMENT José Ramón y VERDERA SERVER Rafael; *El Patronato de la fundación* .op. cit. Págs. 188-190.

El Consejo Económico y Social en el Informe emitido en relación al Anteproyecto de Ley de Fundaciones, aprobado en la sesión ordinaria del pleno del 20 de marzo de 2002, sugería la posibilidad de establecer estatutariamente la cobertura, mediante cualquier forma de aseguramiento de la responsabilidad civil de los patronos. No obstante, dicha observación no era compartida por el Consejo de Estado, que no consideraba necesario recoger esta posibilidad, por tratarse de una decisión que puede lícitamente adoptar el patronato, mientras que el seguro no se dirija a cubrir la responsabilidad de los patronos frente a la propia fundación<sup>226</sup>.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña ha solucionado esta cuestión y establece al respecto que la acción de responsabilidad en interés de la fundación prescribe a los tres años de la fecha en que los responsables cesan en el cargo (artículo 332-11.4).

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña dispone que los patronos respondan ante la fundación por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos, con culpa o negligencia y por aquellos que comporten un incumplimiento de sus obligaciones. La responsabilidad, por tanto, dista mucho de ser objetiva (Artículo 332-11. 1 del Código Civil de Cataluña). No basta, con causar un daño o de un perjuicio a la fundación, sino que ese daño debe tener su origen en una actuación realizada infringiendo la ley o los estatutos o en una actuación negligente. La infracción de la ley o de los estatutos puede realizarse consciente o inconscientemente, siendo dolosa en el primer caso y negligente en el segundo. Si una actuación es contraria a la ley o a los estatutos, nunca podrá afirmarse que es diligente porque el primer deber de diligencia de un patrono es respetar la Ley y la voluntad del fundador plasmada en los estatutos.

Por esta razón, según la interpretación de una parte importante de la doctrina la expresión “*actos contrarios a la ley o a los estatutos*” no debe interpretarse como “*manifiestamente contrarios*” o “*gravemente contrarios*”, sino que cualquier infracción es relevante a los efectos de incurrir en responsabilidad<sup>227</sup>. En contra, otra parte de la doctrina entiende, que “*el carácter manifiesto de la conculcación del Ordenamiento Jurídico es el que determina la responsabilidad de los patronos frente a la fundación*”<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup>Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Fundaciones de 9 de julio de 2002.

<sup>227</sup>GARCÍA ANDRADE, Jorge; *La fundación: un estudio jurídico*, Escuela Libre Editorial, Madrid 1997.

<sup>228</sup>Según GONZÁLEZ CUETO, Tomás; *Comentarios a la Ley de Fundaciones Ley 50/2002, de 26 de diciembre*. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2003. Págs. 150-154.

En todo caso, la responsabilidad de los patronos es individual y corresponde a cada uno de los que actuaron o intervinieron en el acuerdo causante del daño. Los patronos no responden por el mero hecho de formar parte del patronato, sino que es precisa su actuación o su abstención negligente o dolosa para incurrir en responsabilidad.

Con carácter preliminar, cabe observar que, al evitar la delimitación de los supuestos de responsabilidad exclusivamente en función de la culpa, la enumeración normativa de casos supone el paso de la culpabilidad a la antijuridicidad de la conducta del administrador, Corresponderá a los tribunales la valoración de la culpa.

Según opinión de parte de la doctrina mercantil, se distinguen dos fuentes tradicionales de responsabilidad: por una parte, la conducta antijurídica, -esto es la violación de las normas legales o estatutarias que causa un daño a la sociedad-; y por otra, la conducta culposa, -es decir, el incumplimiento de cualquier obligación derivada del cargo de administrador, que no sea legal o estatutaria y que afecte fundamentalmente a la gestión empresarial-<sup>229</sup>. Ambos casos son los considerados “supuestos de imputación de responsabilidad”<sup>230</sup>.

En cambio, otros autores, entienden que salvo que se pretenda limitar la trascendencia de esta distinción a una finalidad sistematizadora, no es adecuado distinguir como fuentes distintas de las obligaciones de los administradores: la ley, los estatutos y el deber de administrar diligentemente ya que, únicamente consta una sola fuente: la obligación general de administrar, y correlativamente, un marco normativo en que se desarrolla ese deber (la ley y los estatutos) del que se derivan obligaciones específicas<sup>231</sup>. En un sentido u otro, es preciso mantener la existencia de un régimen

---

<sup>229</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando y QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús; “Los órganos de la Sociedad Anónima: Junta General y Administradores” en AAVV, *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, dirigido por Ignacio Quintana Carlo, Trivium, Zaragoza 1989, Págs. 121-169.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier; *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación. Las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones*, Trivium. Madrid, 3ª edición. Págs. 488-527

VICENT CHULIÁ Francisco; *Compendio crítico de Derecho mercantil, T.I, VOL. I, Comerciantes. Sociedades. Derecho industrial*, José María Bosch. Barcelona 1991, 3ª edición. Págs.1-680.

ARANGUREN URRIZA, Francisco José (1990); “Los órganos de la sociedad anónima: II. Los administradores de la sociedad anónima” en Víctor M. GARRIDO DE PALMA, J. Carlos SANCHEZ GONZÁLEZ, Francisco J. ARANGUREN URRIZA, Tomás MARTÍNEZ FERNÁNDEZ

<sup>230</sup> POLO SANCHEZ, Eduardo (1992); *Los administradores y el consejo de administración de la Sociedad Anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)* en AAVV, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA, t. VI, Civitas, Madrid, 1ª edición, Págs. 520 y ss.

<sup>231</sup> En opinión de POLO SÁNCHEZ (1992.)Ibidem. Págs. 288 y 290.y aceptada por DÍAZ ECHEGARAY; *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima*. Montecorvo, Madrid 1995, Prólogo de Alberto Bercovitz.

especial de responsabilidad respecto a los actos contrarios a las leyes o a los estatutos.

La ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en el artículo 17 apartado segundo, establece en primer lugar, el carácter solidario de la responsabilidad de los patronos frente a la fundación. La ley 30/1994 de 24 de noviembre de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General nada decía en este punto, por lo que pareció razonable pronunciarse expresamente sobre esta cuestión. La solidaridad supone una mayor garantía para la fundación y en este sentido se posiciona el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, siempre que la responsabilidad sea imputable a varias personas, tiene carácter solidario (artículo 332-11.6 del Código Civil de Cataluña).

Siguiendo a DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO<sup>232</sup>, la situación actual de la regla de los artículos 1.137 y 1.138 del Código Civil, que establece el principio de no presunción de solidaridad en materia de obligaciones, ha ido limitando cada vez más su ámbito a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estableciendo argumentos tendentes a establecer la solidaridad en el lado pasivo de la relación obligatoria. No sólo en el ámbito contractual sino sobre todo en la esfera extracontractual. La causa de esta corrección jurisprudencial, considera DÍAZ DE LEZCANO, “(...) *podiera estar en qué razones de justicia material aconsejan reforzar y estimular el cumplimiento de los contratos; así como garantizar a los perjudicados por actos ilícitos extracontractuales. En todo caso, es importante poner de manifiesto, la conveniencia en nuestro Derecho que evite la corrección legal, que en muchos casos realiza la jurisprudencia*”.

Además de la responsabilidad civil de los patronos, es obligado referirse a la responsabilidad administrativa<sup>233</sup>; con arreglo a la Instrucción de 1899 y al Reglamento de 1972, el protectorado mediante resolución de carácter administrativo, podrá declarar la suspensión o el cese de aquéllos. La Ley estatal 50/2002, no contempla esta posibilidad que ha encomendado a los Tribunales de justicia.

También es posible que los patronos puedan incurrir en responsabilidad penal, aunque no esté contemplada en la Ley de Fundaciones, ésta tiene su acomodo en el artículo 31 del Código Penal, a cuyo tenor

---

<sup>232</sup> DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio; *No Presunción de Solidaridad en las Obligaciones*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1997.

<sup>233</sup> ALONSO UREBA, y también SANCHEZ CALERO, Fernando; “Supuestos de responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima” en AAVV, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio/ Civitas, Madrid 1990. Págs. 531 y ss.

*“aquellos que actúen como administradores de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responden personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona, en cuyo nombre o representación obre”.*

En consecuencia, cualquier procedimiento criminal puede ser incoado de oficio o por querrela de parte interesada, considerando la atención que debe prestar el protectorado a este respecto, en virtud de la obligación que pesa sobre los funcionarios de dar cuenta al Ministerio Fiscal de cualquier hecho supuestamente delictivo que conozcan por razón de sus funciones (artículo 264 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Del mismo modo, los patronos pueden incurrir en responsabilidad fiscal, en atención a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley General Tributaria. Este artículo hace a los administradores, responsables subsidiarios de las infracciones tributarias simples y de la totalidad de la deuda tributaria, en los casos de infracciones graves, cometidas por las personas jurídicas, cuando no ejecuten los actos necesarios, que fuesen de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones infringidas, o cuando consintieren el incumplimiento por quienes de ellos dependan, o bien cuando adoptaren acuerdos que hiciesen posibles tales infracciones. Asimismo, serán responsables subsidiariamente en todo caso, de las obligaciones tributarias pendientes de las personas jurídicas que hayan cesado en sus actividades.

La necesidad de probar la participación directa por acción (al tomar las decisiones) o por omisión (por no actuar debiendo hacerlo) en las decisiones que comportan la infracción, así como la prueba de que la conducta fue negligente, limitan este supuesto de responsabilidad a verdaderas conductas de colaboración en infracción grave; salvo el supuesto de prescripción, dadas las obligaciones del deudor principal por aplicación del principio de que la prescripción ganada aprovecha a todos los obligados al pago por igual, según establece el artículo 62,1.

#### **7.3.8.2 Exención de responsabilidad**

El artículo 332-11 apartado sexto del Código Civil de Cataluña establece que cuando la responsabilidad no pueda imputarse a una o más personas determinadas,

responderán todos los miembros del órgano. Sin embargo contempla dos supuestos de exención:

- Quienes se hayan opuesto expresamente a un acuerdo y no hayan intervenido en su ejecución.
- Quienes no hayan intervenido en la adopción ni en la ejecución del acuerdo, siempre que hayan hecho todo lo que fuera posible para evitar el daño o al menos se hubieran opuesto formalmente al saberlo.

La Ley estatal, 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones establece también una causa de exención de responsabilidad que difiere de la prevista en la ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General y se acerca más a la normativa mercantil, en especial al artículo 133,2 de la Ley de Sociedades Anónimas. Este último artículo prevé la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos a los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia, o conociéndola, hicieron todo lo posible para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a él.

La Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General consideraba suficiente para que un patrono quedase exento de responsabilidad oponerse o no participar en la adopción del acuerdo causante del daño, aunque esta no participación no era en ningún caso asimilable a la abstención, sino a la no asistencia a la reunión del patronato.

En el Código Civil de Cataluña se endurecen los requisitos que permiten a un patrono eximirse de responsabilidad. Se exige ahora como primer supuesto, que el patrono haya votado en contra del acuerdo. Por otra parte, el patrono que no haya asistido a la reunión del patronato en que se adoptó el acuerdo dañoso o perjudicial para la fundación debe probar, si quiere quedar exento de responsabilidad, no sólo que no intervino en su adopción y ejecución- ya que es posible que si bien no hubiera intervenido en la adopción, haya después colaborado, de algún modo en su ejecución o en la adopción de los acuerdos relacionados con el mismo, -sino también que desconocía su existencia, o que, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o que, al menos, se opuso expresamente al acuerdo, aún cuando fuera ya extemporáneamente.

Del precepto se desprende, con una claridad meridiana, que la responsabilidad es por daños y perjuicios, por lo que ésta se extenderá hasta donde alcancen tales daños; deberán por tanto repararse íntegramente los producidos para restablecer la situación patrimonial de la entidad.

En relación a este punto; el daño ha sido definido por algún autor como,

*“(…) la disminución patrimonial o el beneficio no obtenido que resulte de la comparación con la evolución hipotética de la entidad en el caso de que hubiera existido un comportamiento con arreglo a las pautas debidas”<sup>234</sup>.*

Y recuérdese respecto a la culpa, lo que hemos dicho sobre la diligencia de un representante leal.

### **7.3.8.3 La acción de responsabilidad**

La acción de responsabilidad que la ley contempla se entablará ante la jurisdicción ordinaria. La legitimación que la ley confiere a algunas personas lo hace exclusivamente para que defiendan el patrimonio y los intereses de la fundación, nunca los suyos propios.

#### **7.3.8.3.1 Legitimación**

Están legitimados para interponer la acción de responsabilidad

- La fundación, por medio de un acuerdo del patronato en cuya adopción no debe participar la persona afectada.
- El protectorado

La legitimación del protectorado es lógica consecuencia de la general que le corresponde, en cuanto, debe velar por la legalidad del funcionamiento de las fundaciones; aunque le corresponde también, más específicamente, 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.

Además, las facultades de intervención intensa del protectorado en la vida fundacional tienen por objeto garantizar la integridad e indemnidad del sustrato patrimonial mediante controles preventivos; y de todo el patrimonio mediante controles *a posteriori*.

---

<sup>234</sup> ESTEBAN VELASCO, Gaudencio: *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1982. Págs. 537 y ss.



- Cualquiera de los patronos disidentes que no ha intervenido en la adopción o ejecución del acuerdo o acto determinante de responsabilidad.

Es conveniente destacar que el Libro tercero del Código civil de Cataluña ha variado notablemente la legitimación del patronato, en un sentido restrictivo. Anteriormente la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña (artículo 21,3), otorgaba legitimación activa a cualquier miembro del patronato. Siin embargo, en la actualidad únicamente podrán interponerla, los que no hayan intervenido ni en la adopción ni en la ejecución del acto determinante de la responsabilidad.

Pese a que el Código sigue la línea de dotar de una mayor autonomía a la fundación y por ende, a su patronato y patronos, la mayor capacidad autónoma de dirección y gestión acarrea, indudablemente, una mayor intensidad en la exigencia de responsabilidad. Sin duda, la novedad indicada se enmarca en esta evolución normativa: los patronos deben preocuparse efectivamente de los intereses fundacionales, y no pueden permanecer ajenos a las vicisitudes de la vida de estas entidades. No obstante, el hecho de que se trate de un cargo gratuito no puede implicar nunca irresponsabilidad, particularidad que debe estar siempre presente para quienes acepten un cargo de patrono en cualquier fundación. No basta con ser y estar sino que es preciso hacer.

La actual ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones (artículo 17,3 letra c), introduce en este punto una novedad absoluta respecto a la anterior Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, puesto que legitima a los patronos disidentes o ausentes, a interponer la acción de responsabilidad ante la jurisdicción ordinaria, en los términos del apartado segundo del artículo del artículo 35, así como al fundador cuando no fuera patrono de la fundación.

Es preciso destacar que en el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno y remitido a las Cortes Generales sólo se hacía referencia a los patronos disidentes o ausentes. Esta posibilidad se sustenta con la línea maestra de la Ley, de dotar de una mayor autonomía y más intensa responsabilidad a la fundación, el patronato y los patronos.

Por lo tanto, los patronos disidentes o ausentes que por esta razón están exentos de responsabilidad, no pueden limitarse a salvar tal responsabilidad, sino que deben actuar positivamente para conseguir que la fundación quede indemne y sea satisfecha por los daños y perjuicios que se le hubieran podido ocasionar. Además, éste ha parecido el cauce institucional idóneo para que los patronos ventilen entre sí sus diferencias cuando se trata de responsabilidad frente a la fundación.

- Los fundadores

El patronato es el órgano de gobierno y administración de la fundación a quien corresponde cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la entidad. Debe ser en consecuencia, el primer interesado en garantizar la integridad e indemnidad patrimonial de la fundación, frente a actos de los patronos que pueden haberse producido en el ámbito del propio patronato, de otros órganos delegados, o como consecuencia de una delegación en el patrono responsable.

La legitimación del fundador se introdujo en la tramitación parlamentaria de la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, como consecuencia de una enmienda presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), que tenía un alcance más limitado que el texto final resultante. La enmienda contemplaba la adición de una nueva letra d) en el apartado 3 que decía así “

*“Por el fundador cuando la actuación de los miembros del órgano sea contraria o lesiva a los fines fundacionales”.*

Y su justificación rezaba así:

*Se incorpora al fundador como promotor de la acción de responsabilidad en supuestos de actuación contraria a los fines fundacionales, ya que de encontrarse vivo el fundador, es lícito que tenga legitimidad para instar la acción de responsabilidad contra los patronos”*

- Los administradores concursales de acuerdo con la ley

#### **7.8.3.3.2 Órgano Judicial**

Resulta competente para conocer de la acción de responsabilidad, el Juez de Primera Instancia del domicilio de la fundación.

El Código Civil de Cataluña no regula con carácter expreso los recursos jurisdiccionales sino que en relación a este punto, remite a lo dispuesto por las leyes que regulan aspectos procesales. La ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sí dedica expresamente un artículo para regular los recursos jurisdiccionales. Se trata del artículo 43, donde establece que el órgano encargado de conocer los actos del protectorado y los recursos contra la calificación de los Registros de Fundaciones que ponen fin a la vía administrativa, será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; mientras que, corresponde al juzgado de Primera Instancia

del domicilio de la fundación conocer, de acuerdo con los trámites del proceso declarativo que corresponda, los actos relacionados con el patronato de la fundación.

#### **7.8.3.3.3 Efectos**

El primer efecto que puede producir el ejercicio de la acción de responsabilidad será que el Juez puede acordar, con carácter cautelar, la suspensión del patrono o patronos contra los que aquella se haya entablado. Según lo dispuesto en el apartado siete del artículo 332-11 del Código Civil de Cataluña, puede solicitarse a la autoridad judicial, la suspensión cautelar de los patronos demandados.

La sentencia determinará la cantidad que el patrono o patronos considerados responsables, deben indemnizar a la fundación para reparar los posibles daños y perjuicios causados.

#### **7.8.3.3.4 Plazo**

Mientras que la caducidad no era contemplada por la anterior ley de Fundaciones 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña; el Código Civil de Cataluña señala un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los patronos. A tenor de lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 332-11 del Código Civil de Cataluña, la acción de responsabilidad prescribe a los tres años, desde la fecha en la que los responsables cesan en el cargo.

#### **7.8.3.3.5 Carácter solidario de la responsabilidad**

El Código Civil de Cataluña establece con carácter expreso que en el caso de que la responsabilidad fuera imputable a varias personas, esta tendrá carácter solidario.

La acción de responsabilidad por daños a la fundación es independiente de la que pudiera corresponder a cualquier persona por actos u omisiones de los patronos que hayan lesionado sus derechos e intereses. Esta acción prescribe a los tres años.

#### **7.8.3.4 Modificación de la Responsabilidad en la Ley 7/2012, de 15 de junio de modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña**

La entrada en vigor de la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, ha introducido importantes novedades en la regulación de la responsabilidad de los patronos respecto a lo establecido en el artículo 332-11 del Código Civil de Cataluña.

El artículo 14 de la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, adiciona el artículo 332-12. Es conveniente señalar en relación a este asunto que en el Proyecto de Ley de

Modificación de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código Civil de Cataluña, este artículo no se introducía como un nuevo artículo adicional, sino como una modificación del artículo 332-11, con lo que transformaba completamente el régimen de la responsabilidad en el Código Civil de Cataluña y se alejaba profundamente de la regulación anterior.

La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, ha variado así el enfoque anterior e introduce como importante novedad, la denominada *declaración responsable*, que contempla el nuevo artículo 332-13 del Código Civil de Cataluña.

La llamada *declaración responsable* consiste en una declaración que pretende acreditar la necesidad y la prevalencia de los intereses de la fundación sobre los particulares del patrono o persona equiparada. Esta declaración debe presentarse al protectorado junto con la documentación justificativa correspondiente al efecto en caso de autocontratación o conflicto de intereses.

El nuevo artículo 332-13 del Código Civil de Cataluña establece que la adopción de declaraciones responsables es un acto indelegable del patronato y que ha de ser acordada con el voto favorable de dos tercios del número total de patronos, sin computar los de aquellos que no puedan votar por razón de conflicto de interés con la fundación. Previamente a su adopción, los patronos deberán disponer de toda la información relevante al respecto y, en particular, de los informes exigidos por la ley.

La formulación de las declaraciones responsables se ajustará a un modelo normalizado y deberá estar acreditada mediante certificación firmada por el secretario y con el beneplácito del presidente. El Protectorado deberá poner a disposición de las fundaciones los modelos normalizados de declaración responsable. Los modelos normalizados de las declaraciones responsables del patronato, firmados por todos los patronos que las han adoptado, deberán presentarse al protectorado, junto con una copia de los informes necesarios, antes de otorgar el contrato que es objeto de la declaración responsable. Además la Ley 7/2012, de 15 de junio de modificación del libro tercero del Código Civil de Cataluña introduce la obligación de adjuntar a la declaración responsable, las objeciones a la contratación que hubiera formulado cualquiera de los miembros del patronato competente en la misma acta o en un escrito separado, conviene destacar en relación a este punto que el Proyecto de ley de Modificación de la Ley 4/2008, de 24 de abril, no contemplaba esta obligación.

La presentación de la declaración responsable ante el protectorado debe ejecutarse en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a que el patronato la hubiera acordado.

En todo caso, la realización del acto o contrato objeto de la declaración responsable debe acreditarse ante el protectorado, con la presentación del documento que la formalice en el término máximo de dos meses, a contar desde la fecha en que se hubiera presentado la declaración responsable. Observamos también en relación a este aspecto, que se han producido importantes variaciones respecto del Proyecto de Ley de Modificación de la Ley 4/2008, de 24 de abril, que contemplaba un plazo de presentación más breve ante el protectorado: un mes a contar desde el día siguiente a la perfección, y que no se pronunciaba sobre el plazo de realización del acto o contrato objeto de la declaración responsable desde la presentación del documento que formalice la declaración responsable ante el protectorado.

En el caso de que el acto o contrato se hubiera formalizado mediante escritura pública, será preciso protocolizar la declaración responsable.

La información sobre las declaraciones responsables y sobre la perfección de los actos o contratos de los que son objeto deberá formar parte del contenido mínimo de la memoria de las cuentas anuales. La inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial en cualquier manifestación, dato o documento que conste en una declaración responsable o que la acompañe comportará, con la audiencia previa del patronato, la denegación de la facultad de otorgar el acto o contrato que se pretendía llevar a cabo y, si este se hubiera otorgado, su ineficacia

Igualmente el protectorado está legitimado para iniciar las actuaciones que correspondan y para exigir las responsabilidades que establece la legislación vigente. Al mismo tiempo, la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial en cualquier manifestación, dato o documento que conste en una declaración responsable, comportará, con la audiencia previa del protectorado, la denegación de la facultad de adoptar el acto o contrato y, en caso de que éste ya hubiera sido otorgado podrán ser impugnados, siguiendo el procedimiento establecido por la legislación procesal, y con los efectos establecidos por ésta. No obstante, la ineficacia de los acuerdos, decisiones o actos no afectará a los derechos de las personas que puedan haber adquirido de buena fe, con la salvedad, de que aquellos patronos que hubieran hecho constar su voto en contra, que quedan exentos de la responsabilidad que pudiera derivarse.

## 7.4 Delegaciones y Apoderamientos

### 7.4.1 Delegación de Funciones

La descentralización de funciones en el seno del patronato conlleva la posibilidad de delegar funciones en uno o más de sus miembros, siempre y cuando los estatutos no lo prohíban (artículo 332-1.2 del Código Civil de Cataluña).

La opción entre la atribución de funciones a los patronos y su delegación tiene desde el punto de vista jurídico escasa relevancia, no sólo porque no se exige la observancia de formalidad alguna por el tipo de facultades que es posible delegar, sino también y fundamentalmente, porque a los terceros no les son oponibles los límites que se establezcan en la ley o los estatutos.

La descentralización, únicamente supondrá, la sustitución del procedimiento colegiado por la actividad de un solo patrono o bien el recurso a un procedimiento distinto que se caracteriza por la reducción del número de sus miembros. Las facultades pueden también delegarse a más de uno, sin que esta delegación exima de responsabilidad.

La delegación de facultades no se admite de modo absoluto, ya que la ley impone que determinados actos de administración deban ser realizados por el patronato en su conjunto (artículo 332-1 apartado tercero Código Civil de Cataluña). Se trata, en este caso, de funciones que pueden calificarse como constitucionales de la persona jurídica. El tenor negativo del precepto pone de manifiesto la intención del legislador, de conceder un amplio margen a la autonomía privada en la organización de la administración de la fundación, como queda recogido en el preámbulo de la ley. Por consiguiente, la interpretación de las materias que no pueden ser delegadas, en todo caso, deberá ser estricta.

Esta esfera de libertad reconocida para delegar ciertas facultades de administración, no debe impedir la necesaria unidad del proceso de gestión. Ello implica, que el patronato mantiene una competencia concurrente respecto a las materias delegadas y que, consecuentemente, puede adoptar decisiones sobre ellas de modo eficaz. Parece obvio, que la delegación de funciones implica la existencia de una relación de confianza implícita en la posición jurídica que ocupan los patronos en quien se delegan algunas facultades. No obstante, el patronato podrá revocar la delegación en cualquier momento, bien expresamente, o bien de forma tácita, asumiendo nuevamente las facultades que previamente hubiera delegado. La posibilidad de delegar funciones no exime al patronato en su conjunto de llevar a cabo la vigilancia y coordinación del

ejercicio de las facultades con el fin de que la gestión de la fundación responda en todo momento a un criterio unitario.

La ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña (artículo 22,3) se mostraba en todo caso, contundente y explícita, en cuanto a las facultades que no podían ser delegables. En estos términos se pronuncia también con contundencia el artículo 332-1 apartado tercero del Código Civil de Cataluña que dispone que a tal efecto, en ningún caso puedan ser delegables, determinados actos de administración y en todo caso deberán necesariamente ejecutarse por el patronato en su conjunto. Los actos que aparecen como indelegables pueden definirse como funciones constitucionales de la persona jurídica.

No son delegables tampoco, aquellos actos que requieran la autorización del protectorado: la modificación de los estatutos de la fundación, la fusión, escisión o disolución de la fundación. En ningún caso serán delegables, la aprobación de las cuentas y la formulación del presupuesto. El patronato en pleno deberá responsabilizarse, en todo caso, de la situación patrimonial de la fundación y de su reflejo contable. Naturalmente, la consideración de órgano colegiado garantizará una correcta administración de la fundación y un adecuado control.

Tampoco podrán delegarse las decisiones sobre actos de adjudicación, enajenación o gravamen y, en general de disposición sobre bienes inmuebles, establecimientos o bienes muebles, que en conjunto o individualmente comportaren más de una vigésima parte del activo de la fundación. En este punto, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, modificó la cuantía respecto a la establecida por la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, que era la décima parte. No serán susceptibles de delegación aquellos actos de constitución de otra persona jurídica, así como los de fusión, escisión, cesión global de todos o parte de los activos y pasivos, o bien los de disolución de sociedades u otras personas jurídicas.

La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña modifica la letra h y en virtud de esta modificación se continúan considerando indelegables aquellos actos que requieran la autorización o aprobación del Protectorado y se extienden a aquellos que requieran la aprobación y formalización de una declaración responsable.

La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, adiciona, además, otro acto al listado de facultades del patronato que se consideran como indelegables

*“ i) la adopción y formalización de las declaraciones responsables*

Por último, en relación a la delegación de funciones del patronato es preciso atender a la problemática que plantea la delegación de facultades a favor de varios patronos; en cuyo caso, las facultades encomendadas pueden ser por separado o comunes. El nombramiento de dos o más patronos con funciones distintas, dada la amplia autonomía de cada patrono en el ejercicio de su función, no supondrá la necesidad de promover la adaptación recíproca como mecanismo de coordinación de su actividad.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña dispone al respecto que su actuación será mancomunada, salvo que se haya dispuesto expresamente que sea solidaria. La competencia concurrente del patronato garantiza la necesaria unidad del proceso de gestión, del mismo modo que la atribución conjunta de facultades de gestión a dos o más patronos no comportarán necesariamente su ejercicio colegial. Sería contradictorio admitir la atribución a un patrono de todo el poder delegado y, al mismo tiempo, excluir que el ejercicio de las funciones delegadas pueda condicionarse al consentimiento de todos los patronos delegados.

En el caso en que el ejercicio de determinadas facultades de gestión hubiera sido encomendado de manera conjunta, los patronos coordinarán su actividad mediante un mecanismo informal de adaptación recíproca. De la coincidencia de sus voluntades no se desprende que pueda ser considerado como un acto colegial: podría considerarse más acertadamente como un acto de formación sucesiva perteneciente a la categoría de los actos complejos; en este sentido se pronuncian algunos autores<sup>235</sup>.

Con todo, es posible prever el ejercicio solidario de esas facultades atribuidas conjuntamente a varios patronos; pero en tal caso, debe reconocerse un derecho de oposición interno de los patronos a las operaciones que uno de ellos intente realizar en el ejercicio de las atribuciones comunes, antes de ser cumplimentada. Este derecho encontraría acomodo, en última instancia, en la responsabilidad que asume individualmente cada uno frente a la fundación, por los daños y perjuicios que se causen por actos contrarios a la ley o los estatutos o bien por aquellos realizados negligentemente, o por aquellos que comportan un incumplimiento de sus obligaciones (artículo 332-11 del Código Civil de Cataluña).

Finalmente, atribuidas facultades de gestión conjuntamente a varios patronos, la ley dispone que deberá especificarse la forma de actuación; es decir, si la actuación ha de

---

<sup>235</sup> Entre los que se encuentran SALELLES CLIMENT, José Ramón y VERDERA SERVER, Rafael; *El Patronato de la Fundación*. op. cit. Págs. 189-190.



ser o no colegiada (artículo 312-2.1 del Código Civil de Cataluña). Si tomamos en consideración la configuración de órgano colegiado como principio característico del funcionamiento del patronato, se deduce que el modo de funcionamiento debe ser, a nuestro juicio, colegiado. Resulta de una claridad meridiana, que el ejercicio mancomunado de las facultades de gestión supone un obstáculo para el desarrollo de la gestión. No obstante, el tenor literal del precepto establece que, si la delegación se hace en más de una persona su actuación debe ser mancomunada (artículo 332-1.2 del Código civil de Cataluña).

#### **7.4.2 Apoderamientos**

El patronato no sólo puede nombrar apoderados generales o especiales, sino que también podrá designar una o más personas para ejercer funciones de dirección de la gestión ordinaria de la fundación: directores generales y directores técnicos; o bien autorizar a un tercero para realizar un negocio concreto, en cuyo caso, el encargado de la política general de la fundación será el director general, y de su gestión ordinaria, los directores técnicos. Si estas funciones fueran encomendadas a un patrono, la encomienda debería hacerse de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 332-1 del Código Civil de Cataluña.

Las personas con funciones de dirección deben ser designadas por el patronato. No obstante, es conveniente señalar que el reconocimiento de este poder no afecta en ningún caso a las competencias de gobierno y representación, que en cualquier caso, corresponderán siempre al patronato: en ningún caso éste podrá abdicar de las funciones que legalmente le corresponden ni tampoco puede entenderse que con este apoderamiento quede atenuado el régimen de responsabilidad de los patronos en el ejercicio de sus cargos, en opinión de una parte destacada de la doctrina<sup>236</sup>. Resulta evidente, que si el apoderamiento se concede a una persona que forma parte de la estructura organizativa de la fundación, las tareas de control y vigilancia podrán realizarse con mayor eficacia.

Sin embargo, no es posible extender el estatuto jurídico de los patronos al director de la fundación, por razón del cargo que ocupa, cuando esta función no sea encomendada a un patrono, ello se deduce con absoluta claridad de lo dispuesto en el artículo 332-2.1 del Código civil de Cataluña.

La regulación de la *Dirección de la gestión ordinaria* también ha sufrido una importante modificación por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero,

---

<sup>236</sup>Entre ellos, ROVIRA PEREA, Joaquín; “La nueva Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994”, *La Notaría*, núm. 1, Enero-Febrero 1995, Págs. 121-169.

relativo a las personas jurídicas. El artículo 332-2 del Código civil de Cataluña, antes de su reciente modificación establecía que en el caso de las fundaciones con más de veinticinco trabajadores en las que se den al menos una de las dos circunstancias siguientes:

- 1.- Que el total del activo de la fundación sea superior a 6 millones de euros
- 2.- Que el importe del volumen anual de ingresos sea superior a 3 millones de euros

Las personas con funciones de dirección de la fundación deberían ser designadas por el patronato y no podrán ser miembros del patronato; pero sí podían asistir a las reuniones e intervenir en las mismas con voz pero sin voto, de acuerdo con lo que eventualmente dispusieran los estatutos. En las demás fundaciones, si un patrono realiza tareas de dirección y gerencia diferentes a las que implica el cargo de patrono, estas tareas debían regularse en el marco de una relación contractual, incluyendo la de carácter laboral, previa autorización del protectorado.

El nuevo artículo 332-2 del Código Civil de Cataluña, en virtud de su nueva redacción por Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero, relativo a las personas jurídicas no establece diferencias entre fundaciones por razón del número de trabajadores, el total de activo o el importe del volumen anual de ingresos para designar a personas con funciones de dirección y, dispone, que el patronato, de acuerdo con lo que eventualmente dispongan los estatutos, puede designar una o más personas para ejercer funciones de dirección de la gestión ordinaria de la fundación. Estas funciones pueden ser encomendadas a algún patrono pero en dicho caso deberá hacerse conforme a lo dispuesto en el artículo 332-9; esto es, articulando esta relación laboral o profesional retribuida mediante un contrato donde se determinen claramente las tareas laborales o profesionales que se retribuyen; estas tareas, en cualquier caso, deben ser diferentes a las tareas y funciones que son propias del cargo de patrono. En este supuesto el patronato deberá presentar al protectorado la declaración responsable.

Por razón del cargo que ocupan, la diligencia empleada por la persona designada para ejercer estas funciones deberá ser la propia de un buen gestor en relación con las facultades que se le hayan conferido. Por lo tanto, en su actuación frente a la fundación será aplicable el régimen de responsabilidad propio del mandatario, por lo que respecta a la negligencia, abuso de poder o infracción de instrucciones (Art. 1726 del Código Civil) y el régimen general de responsabilidad extra contractual en sus relaciones con los beneficiarios y terceros.

Las bases de las obligaciones, a falta de una norma estatal que las detalle, son solo aquellas que pueden inferirse del Código Civil, de los artículos 1088y 1089, sobre las fuentes de las obligaciones y sus clases.

La verdad es que, el concepto de *bases materiales* suele relacionarse con un estado civil del desarrollo de las autonomías que hoy debemos de considerar ya superado.

Una vez confirmada la dificultad de una ley foral de bases sería mejor orientar la inteligencia de la expresión *bases* en relación a las obligaciones contractuales a un terreno más finalista como hace PETIT SEGURA<sup>237</sup>.

Por otra parte y como empleado de la fundación, le será de aplicación el régimen de despido previsto en la legislación especial y en cuanto a la retribución, podrá establecerse en la forma que se considere conveniente. En el caso en que sea un miembro del patronato quien lleve a cabo tareas de dirección, gestión o administración podrá del mismo modo ser retribuido por estas actividades en el marco de una relación contractual, incluidas las de carácter laboral. Difícilmente, por la particular afectación del patrimonio fundacional a la realización de fines de interés general podrá preverse una retribución fundamentalmente basada en los resultados.

Las facultades del director o apoderado dependerán básicamente de la voluntad del patronato, si bien en el caso del director o apoderado general se extiende a todos aquellos actos necesarios para cumplir los fines fundacionales, con el límite de aquellas facultades indelegables y en todo caso con estricta sujeción a los mecanismos de control legalmente establecidos.

La configuración de la posición jurídica del apoderado general justifica sin duda la previsión que la ley recoge relativa a la inscripción de los apoderamientos generales y de sus renovaciones en el Registro de Fundaciones, no obstante las delegaciones también deben inscribirse. Este mandato no pretende otra cosa más que la protección de terceros que contraten con la fundación, y que deben contar en el Registro con datos fiables.

Los apoderamientos especiales no deben inscribirse, ni en principio parece que su inscripción sea admisible: la ejecución del acto o contrato objeto del apoderamiento agota esencialmente el contenido de las facultades conferidas. Sin embargo, en cualquier caso, para impedir que el apoderado pueda vincular la fundación con

---

<sup>237</sup> PETIT SEGURA, Miquel Angel; en *La doble venta y la doble disposición sobre una misma cosa*. Editorial Gráfica Signo. Barcelona, 1990.

terceros, ésta puede revocar inmediatamente los poderes que inicialmente le hubiera conferido.

En este contexto puede cuestionarse, si es posible apoderar a un patrono. La Ley gallega lo admite expresamente en su artículo 14,4; podía interpretarse que la ley catalana lo prohibía en el artículo 332-2 del Código Civil de Cataluña, según su redacción original, cuando disponía que las personas con funciones de dirección no pueden ser miembros del patronato. No obstante, tal consideración queda desvirtuada a partir de la modificación del artículo 332-2 por la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero, relativo a las personas jurídicas, que reconoce la posibilidad de que las funciones de dirección sean encomendadas a algún patrono, en cuyo caso deberá llevarse a cabo conforme a lo previsto en el artículo 332-10 del Código Civil de Cataluña.

Los demás textos no se pronunciaban tampoco sobre esta cuestión, por lo que era posible llegar a la conclusión que, únicamente, en aquellos supuestos en que estatutariamente no se hubiera conferido la representación de la fundación, parecía justificado el apoderamiento general o especial a uno de los miembros del patronato como particular manifestación de una atribución que no delega facultades. Que en la estructura organizativa de la fundación, no se reconozca al apoderado general una posición similar a la del patrono, confirmaba la solución que se proponía<sup>238</sup>.

La delegación en el seno del patronato de algunas facultades no exime del deber de cada uno de sus miembros a obtener el material y la documentación que consideren necesarios para desempeñar su cargo con un conocimiento más exacto de la realidad fundacional. La competencia concurrente del patronato sobre las materias delegadas, excluye la existencia de un deber de los delegados respecto a suministrar información a los restantes miembros, si no hubiera sido previamente solicitada. Con la imposición de este específico deber a los delegados, los miembros delegantes acabarían perdiendo interés por la marcha de los asuntos de la fundación y, al mismo tiempo, probablemente, quedaría reducida su capacidad de información a los datos aportados por los delegados. No obstante, esto no excluye que el ejercicio del cargo con la diligencia de un representante leal, comporte el deber de comunicar los hechos que tengan una especial trascendencia para la vida de la fundación, así como exigir el suministro de la necesaria información.

---

<sup>238</sup> En este sentido SALELLES CLIMENT, José Ramón y VERDERA SERVET, Rafael; *El Patronato...* op. cit. Pág. 136-140

## 7.5 Intervención temporal de la fundación

El artículo 336-4 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña contempla la intervención temporal de la fundación como una medida extrema que se acuerda por el Juez de Primera Instancia del domicilio de la fundación, a instancia del protectorado –previa tramitación de un procedimiento formalizado que se regula en este mismo artículo– para salvar a la fundación afectada de incurrir en causa de extinción, como consecuencia de una grave irregularidad en la gestión económica o para evitar una grave desviación entre los fines fundacionales y la actividad realizada.

Según la opinión de destacados autores en la materia, la medida de intervención de la fundación tiene un carácter absolutamente excepcional, ya que supone alterar las reglas normales de funcionamiento de la entidad, atribuyendo a la Administración- en concreto al protectorado- su gobierno y su gestión, Por ello, esta medida, debe no sólo ser excepcional, sino transitoria o provisional<sup>239</sup>.

Cuanto antes se vuelva al régimen normal de administración y gobierno, mejor para el sistema.

### 7.5.1 Causas

Las causas por las que el Protectorado puede desencadenar el proceso que culminará en un acuerdo judicial de intervención temporal están ligadas a los elementos básicos, esenciales o estructurales de la fundación, el patrimonio y el fin de interés general, y son:

- a. Cuando el Protectorado advierta una gestión gravemente irregular o bien una gestión que puede poner en peligro la continuidad de la fundación

La gestión económica de toda fundación corresponde al patronato, y entre las funciones que le corresponden, se encuentra la de *“administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos”*. Cuando esa gestión se convierta en irregular y se produzcan actos del patronato que causen daños y perjuicios a la fundación, lo normal será corregirlos y subsanar sus efectos; y para tal fin, ejercer la acción de responsabilidad contra los patronos que el Código Civil de Cataluña regula.

No obstante, es posible, que se produzcan supuestos extremos en los que la gestión económica sea tan perjudicial para la fundación que la acción de responsabilidad no constituya por sí misma un remedio eficaz para salvar a la fundación expoliada, ya sin

---

<sup>239</sup>PIÑAR MAÑAS, José Luis; “Comentarios a la Ley de Fundaciones”, en *Comentarios a la Ley de Fundaciones...* op. Cit. Págs. 689-698

patrimonio o bien en riesgo y será precisamente en tales supuestos cuando procederá utilizar la figura de la intervención temporal, apartando a los gestores naturales de la fundación y atribuyendo dicho papel al protectorado. Normalmente, tal actuación irá acompañada del ejercicio de la acción de responsabilidad o, en su caso, de la acción para el cese del patrono o patronos poco diligentes.

b. Una gestión que ponga en peligro la continuidad de la fundación

Cuando el protectorado advierta la existencia de una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada. La fundación se crea por el fundador para perseguir determinados fines de interés general, es decir, la fundación debe tratar de conseguir unos fines específicos y no otros, porque esa ha sido la voluntad de su creador.

En el caso en que en un momento determinado, el patronato considere que los fines inicialmente determinados ya no resultan adecuados, el patronato, deberá acordar la modificación estatutaria pertinente, salvo que el fundador lo hubiera prohibido. Pero, en ningún caso, el patronato podrá variar los fines *de hecho* mediante la realización de actividades que persigan fines distintos de los establecidos en los estatutos como propios de esa fundación, aun en el caso de que se tratara también de fines de interés general.

### **7.5.2 Procedimiento**

El procedimiento que culmina en el acuerdo judicial de intervención tiene dos fases, la primera se sigue entre protectorado (Administración) y patronato; y en la segunda, donde interviene la autoridad judicial.

#### **7.5.2.1 Fase prejudicial**

Cuando el protectorado advierta que concurre alguna de las causas señaladas deberá comunicarlo al patronato- así como a cualquier otro interesado, entre los que se podría encontrar el propio interesado e incluso los beneficiarios actuales- para que, en un determinado plazo, este adopte las medidas necesarias para corregir tal situación; la ley no determina la duración del plazo, aunque establece que será aquel que el protectorado considere necesario y conveniente. El patronato dispondrá además de un plazo, para formular las alegaciones que considere convenientes y que podrán ir acompañadas de cuantos documentos se estimen convenientes en su apoyo.

El inicio del procedimiento corresponde, según el artículo citado, sólo al protectorado, no obstante, el inicio puede venir como consecuencia de una denuncia formulada por algún ciudadano o incluso por algún patrono.

Una vez cumplido el trámite, se hayan presentado o no alegaciones, el protectorado requerirá -si así lo estima procedente, a la vista de los hechos conocidos y las alegaciones formuladas por el patronato-, la adopción de las medidas que considere pertinentes para la corrección de la irregularidad advertida en el plazo que se señale. Reglamentariamente se establece que dicho plazo no podrá exceder de dos meses, para que el patronato enmiende su actuación. No obstante, el plazo puede ser inferior, atendidas las circunstancias, especialmente la gravedad y urgencia en la corrección de las irregularidades.

Con el requerimiento se pone fin al trámite administrativo y la desatención del mismo inicia lo que puede llamarse, la fase judicial.

#### ***7.5.2.2 Fase judicial***

Si el requerimiento no fuera atendido en el plazo señalado, el protectorado podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio de la fundación que autorice su intervención temporal.

Se trata de una actuación potestativa del protectorado. No es un acto debido sino que habrán de valorarse todas las circunstancias concurrentes como que el incumplimiento sea parcial o de muy poca entidad. Por otra parte, la impugnación del requerimiento en vía administrativa o contenciosa-administrativa no es óbice para que no se siga adelante habida cuenta la ejecutividad de los actos administrativos (artículos 56,57 y 94 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), salvo que se hubiera acordado su suspensión en vía administrativa (Art. 111 Ley de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) o judicial (Art. 129 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa).

El Juez deberá oír al patronato, antes de acordar o desestimar la intervención temporal de la fundación, tramitándose el procedimiento declarativo que corresponda.

En la legislación estatal, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de interés General y consiguientemente el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero<sup>240</sup> previeron que la solicitud de

---

<sup>240</sup> Este Reglamento fue derogado por el actual Reglamento de fundaciones de competencia estatal aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre y con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre que supone la revisión del marco legal existente en nuestro país hasta el momento constituido por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos a la Participación Privada en Actividades de interés general.

intervención temporal se sustanciaría conforme a lo dispuesto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero, el artículo 43,3 de la nueva ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, prevé que la tramitación de los diferentes procesos judiciales, entre los que se encuentra la intervención de las fundaciones, seguirán los trámites del proceso declarativo que corresponda, que, por lo general será el juicio ordinario, por tratarse de cuestiones de cuantía indeterminada, conforme al artículo 249,2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso en que el Juez adopte la decisión de acordar la intervención temporal de la fundación, determinará el plazo durante el que se va a desarrollar, que sólo podrá ser prorrogado mediante una nueva resolución judicial. También es posible que el plazo pueda finalizar antes de lo previsto si se ha logrado reintegrar a la normalidad la gestión o las actividades de la fundación.

La resolución o resoluciones judiciales que acuerden la intervención temporal se inscribirán en el correspondiente Registro de Fundaciones.

#### ***7.5.2.3 Alcance y consecuencias de la intervención temporal***

Durante el tiempo que la intervención acordada por el Juez se prorrogue, a tenor de lo dispuesto por el apartado tercero del artículo 336-4 del Código Civil de Cataluña, el protectorado asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato y podrá delegar su ejercicio en terceras personas idóneas que deben ser retribuidas a cargo de la fundación intervenida.

Por supuesto, asumir las atribuciones implica también asumir las obligaciones y deberes y, en consecuencia, poder incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios que se pudieran ocasionar a la fundación.

Si la medida adoptada de intervención no ha sido acompañada de otras relativas a instar el cese de determinados patronos, una vez finalizada, deberán volver a ocupar sus cargos todos los antiguos patronos.



## 8. FUNCIONAMIENTO Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS

### 8.1 Limitación de las facultades del patronato

#### 8.1.1 Planteamiento General

El artículo 333-1 del Código Civil de Cataluña que encabeza el Capítulo III, que disciplina el régimen económico de la fundación, regula la enajenación y gravamen de los bienes de la fundación.

Es posible que el artículo señalado, para algunos parezca insuficiente y, para otros, excesivo. Probablemente, tal disparidad de posiciones sea la más expresiva prueba de que la norma se sitúa en el equilibrio y el realismo imprescindible para ser útil. Pero quizás sea esta disparidad de posiciones lo que ha propiciado que este artículo haya sufrido importantes modificaciones y alcance una nueva redacción a partir de la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código civil de Cataluña.

Uno de los objetivos de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña era flexibilizar las relaciones entre la fundación y su protectorado respectivo. Al entender que el sistema había alcanzado la suficiente madurez y que el sector era fiable, parecía razonable acometer el proceso de dotar de mayor autonomía de gestión a las fundaciones y, en consecuencia a sus patronatos, pero a la vez todo ello conllevaba una mayor exigibilidad y un absoluto rigor en la exigencia de responsabilidad de los patronos. Para conseguir este propósito, el Protectorado debía retraer al máximo sus competencias de autorización previa de actos de la fundación y asumir un control posterior más estricto.

La aprobación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña por la ley 4/2008, de 24 de abril, supuso en Cataluña un exceso regulador e intervencionista por parte de la Administración<sup>241</sup> que resultó no sólo un freno en la creación de fundaciones, sino, incluso, un “huida”<sup>242</sup> de estas entidades jurisdicciones más flexible.

La modificación del libro tercero del Código Civil de Cataluña con la Ley 7/2012, de 15 de junio, no obstante implique la reducción de trabas formales, mantiene una tutela y vigilancia sobre la actuación de los patronatos en relación con el patrimonio fundacional. La normativa actual propone la mejora de la regulación a través de tres

---

<sup>241</sup> Opinión que hemos manifestado en reiteradas ocasiones durante el desarrollo de esta Tesis doctoral y que ahora corroboramos.

<sup>242</sup> Siguiendo a Ramón Manyà en <http://vila.es/modificación-de-la-ley-catalana-de-fundaciones//comments>. (2 de mayo de 2015)

recursos cuya consideración es importante a los efectos de delinear el tratamiento del patrimonio fundacional:

- La reducción de la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones que se traduce en la sustitución del régimen de autorización previo de actos y negocios jurídicos por parte del protectorado por lo que se califica como simple comunicación al protectorado, a fin de que pueda impugnar el acto o negocio, si lo estima contrario a Derecho, o ejercer acciones de responsabilidad.
- La declaración responsable del patronato ante el protectorado.
- La dinamización y potenciación del *fenómeno fundacional* como cauce de colaboración de la sociedad civil con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general<sup>243</sup>.

### **8.1.2 Planteamiento en la Ley de Fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre**

La regulación en el libro tercero del Código Civil de Cataluña de la enajenación de los bienes de la fundación difiere de la establecida en la ley estatal, donde el tema se regula con mayor detalle y precisión pero, quizás también de una manera más estricta.

La regulación de los actos de disposición de los bienes y derechos que forman parte del patrimonio de la fundación se contiene en el artículo 21 de la Ley estatal de Fundaciones, 50/2002, de 26 de diciembre y en los artículos 19 a 22 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal.

La Ley de fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, contempla la intervención del protectorado en estos actos desde una doble perspectiva: mediante la autorización previa (que supone un control *ex ante*) o mediante la simple comunicación (que supone un control *ex post*).

La ley 50/2002, de 26 diciembre, de fundaciones, establece que será necesaria la autorización del protectorado para enajenar de forma onerosa o gratuita, así como para gravar bienes o derechos cuando se trate de:

- Bienes y derechos que forman parte de la dotación

---

<sup>243</sup> Lo que es coherente con las recomendaciones que se contienen en la Resolución del parlamento europeo sobre la fundaciones en Europa (RA 304/93) y con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 18/1984, de 7 de febrero), en la que se apunta como característica del *Estado social de Derecho* que los intereses generales se definen a través de una interacción entre el Estado y los agentes sociales.

- Bienes y derechos que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales.

A tenor de lo establecido en el artículo 21,2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, 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 o 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 y, cuando dicha vinculación se contenga en una resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial”.*

En estos supuestos, el protectorado concederá autorización si existe justa causa debidamente acreditada.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 21, apartado 3, solo será necesaria la comunicación al Protectorado, en el plazo máximo de 30 días hábiles siguientes a su realización para:

*“Los restantes actos de disposición no sujetos a autorización incluida la transacción o compromiso y los actos de gravamen*

*En ambos casos, de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural y aquellos cuyo importe sea superior al 20 por 100 del activo sea cual sea su objeto”.*

### **8.1.3 Régimen de enajenación y gravamen en el Código Civil de Cataluña**

#### **8.1.3.1 Actos de disposición y deber de reinversión**

El artículo 333-1 del Código Civil de Cataluña según redacción ofrecida por la Ley 7/2012 de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, admite genéricamente la enajenación de bienes por las fundaciones, sin exigencia previa de autorización del protectorado, siempre que se realice bajo las siguientes premisas:

- Que la enajenación se efectúe a título oneroso
- Que la enajenación se haga bajo las condiciones impuestas por los fundadores o por los donantes, cuando esta cuestión hubiera sido contemplada por los mismos en la escritura de constitución.

- Que el precio total obtenido con la enajenación sea reinvertido en la adquisición de otros bienes y derechos, que quedarían subrogados en el lugar de los enajenados o en la mejora de los bienes de la fundación.

Observamos cómo este artículo prevé expresamente la obligación de reinvertir el producto de la operación en la adquisición de nuevos bienes o derechos, que quedarían subrogados en el lugar de los enajenados o en mejoras de bienes de la fundación.

El apartado tercero del artículo 39 de la Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, en relación a esta cuestión, contemplaba una excepción respecto a la obligación de reinvertir el precio de la enajenación, cuando el protectorado hubiera autorizado esta exención y se hubiera solicitado antes de la presentación de las cuentas. El Código Civil de Cataluña no recoge ninguna excepción al deber de reinversión.

El artículo 333-1 del Código Civil de Cataluña, según su redacción original establecía que en caso de que el producto de la operación resultante de la enajenación, gravamen o disposición de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, no se reinvierta totalmente en el patrimonio de la fundación, esta operación estará sujeta a autorización del protectorado.

Los patronatos debían comunicar al protectorado los actos de disposición o gravamen efectuados según los anteriores antecedentes en el plazo de treinta días hábiles a partir del momento que se realizan.

La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del libro tercero del Código Civil de Cataluña modifica el artículo 333-1 y establece la obligatoriedad del deber de reinversión siempre y en todo caso, salvo en el supuesto de que existieran circunstancias excepcionales que impidieran cumplir total o parcialmente el deber de reinversión.

Si concurren circunstancias excepcionales que impidan cumplir total o parcialmente el deber de reinversión, el patronato antes de llevar a cabo el acto dispositivo, ha de presentar una declaración responsable ante el protectorado, haciendo constar que se dan aquellas circunstancias y debe aportar un informe suscrito por técnicos independientes que acredite la necesidad del acto dispositivo y las razones que justifican la no reinversión. Además la Ley 7/2012 de 15 de junio añade una nueva obligación que no recogía el proyecto de ley que se fundamenta en el deber de

justificar el destino que se dará al producto que no se reinvierta y que debe estar siempre dentro de las finalidades de la fundación.

#### ***8.1.3.2 Bienes sometidos al régimen de autorización administrativa del Protectorado para su enajenación o gravamen***

La ley 4/2008 que aprueba el Libro tercero del Código Civil de Cataluña mantiene la misma filosofía que la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, respecto al régimen de enajenaciones y gravámenes y que declaraba en el Preámbulo, con su fiel propósito de simplificar los requisitos para constituir una fundación y eliminar posibles trabas en la gestión de las fundaciones, pero a la vez, se mantiene firme en su propósito de respetar en todo caso la voluntad de los fundadores, razón por la que preservaba la autorización al protectorado a mantener con carácter transitorio, todo o parte del régimen de autorizaciones que establecía la ley anterior.

En atención a lo dispuesto en el artículo 333-1.6 del Código Civil de Cataluña reformado por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, se exigirá la autorización previa del Protectorado para realizar los actos de disposición, gravamen o administración extraordinaria en los siguientes casos:

- Si el donante lo ha exigido expresamente.
- Si lo establece una disposición estatutaria.
- Si los bienes o derechos objeto de disposición se han recibido de instituciones públicas o se han adquirido con dinero proveniente de fondos públicos.

El artículo 333-1 del Código Civil de Cataluña en su redacción original contemplaba además otro supuesto de necesidad de autorización previa, para el caso de que el producto no se reinvierta totalmente en el patrimonio de la fundación- Este supuesto no cabe a partir de la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña ,porque dicha situación sólo puede producirse en el caso de que existieran circunstancias excepcionales que impidieran cumplir total o parcialmente el deber de reinversión y, en ese caso, el patronato, estaría obligado a presentar una declaración responsable ante el protectorado.

A partir del análisis del nuevo redactado de este artículo, observamos como entre los criterios que sirven para determinar los actos incluidos en este régimen de autorización previa subyace el interés por garantizar la permanencia de la dotación fundacional, de

acuerdo con la concepción clásica de que la fundación tiene su razón de ser en el patrimonio que se constituye mediante la dotación fundacional. En primer lugar cabe decir que la desaparición de ese patrimonio, por su enajenación o la realización de actos jurídicos que lo pongan en peligro supondrían la pérdida de las rentas con las que se precisa alcanzar el fin fundacional. En segundo lugar, nos gustaría subrayar, la consideración como objeto especial de protección de aquellos bienes que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines de la fundación, nuevamente, en este caso, con el fin de garantizar la prestación del servicio o la actividad de interés general que tiene encomendada la fundación.

Respecto a la exigencia de autorización para someter a cargas o gravámenes los bienes de la fundación, consideramos que tiene su lógica, puesto que los efectos jurídicos son los mismos que la enajenación y comprometen de igual forma a la fundación.

A nuestro juicio la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña modifica sustancialmente el artículo 333-1, tras la constatación de que la Ley 4/2008 que aprueba el Libro tercero del Código Civil de Cataluña ha supuesto en Cataluña un exceso regulador e intervencionista por parte de la Administración, que como hemos constatado ha resultado más que un freno en la creación de fundaciones. Consideramos que con esta ley la Generalitat pretende, no sólo impulsar la creación de fundaciones en Cataluña, sino también agilizar su funcionamiento y organización. A estos efectos, el artículo 333-1 según su redacción actual, opta por la comunicación al protectorado en lugar de la autorización previa en el caso de enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o bienes muebles con un valor de mercado superior a 15.000 euros.

No obstante, el régimen de la autorización previa se vuelve a imponer en el caso de que el valor de los bienes en el mercado supere los 100.000 euros o el 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado. En ese caso, el patronato, antes de la perfección del contrato, ha de presentar una declaración responsable al protectorado, donde se haga constar que la operación es beneficiosa para la fundación, y ha de aportar un informe suscrito por técnicos independientes que acredite que la operación responde a criterios económico financieros y de mercado. Se exceptúan los actos de enajenación de bienes negociados en mercados oficiales, si la enajenación se hace al menos por el precio de cotización (Artículo 333-1.3 del Código Civil de Cataluña).

Además, la nueva redacción del artículo 333-1 del Código Civil de Cataluña establece obligaciones para todas aquellas personas que hubieran intervenido en representación de la fundación en un acto de enajenación o gravamen que pueda ser objeto de publicidad registral, que deberán solicitar sin demora la inscripción en el Registro de la Propiedad o en el que corresponda por razón del objeto (Artículo 333-1.4 Código Civil de Cataluña).

Por otra parte, las alteraciones patrimoniales derivadas de los actos de enajenación o gravamen han de quedar reflejadas en el inventario de la fundación. La realización de estos actos debe hacerse constar en la memoria de las cuentas anuales (Artículo 331.5 Código Civil de Cataluña)

#### **8.1.3.3 Silencio administrativo positivo**

El Código Civil de Cataluña sigue contemplando, expresamente, en la nueva redacción del artículo 333-1, el *silencio positivo*, si en el plazo de dos meses a partir de la presentación de la solicitud de autorización, el protectorado no hubiera dictado autorización expresa; salvo en el caso en que el Protectorado hubiera requerido a la fundación solicitante, determinada documentación relativa a la solicitud de autorización.

## **8.2. Aplicación Obligatoria**

El artículo 333-2 del Código Civil de Cataluña regula el destino de las rentas e ingresos de las fundaciones bajo la rúbrica de *Aplicación obligatoria* y se estructura en tres apartados, que regulan: el porcentaje fijado con un destino obligatorio, la forma de cálculo de ese porcentaje y el plazo para hacer efectiva esta aplicación.

### **8.2.1 El porcentaje fijado**

El apartado primero supone la materialización numérica de la obligación contenida en el precepto, a cuyo tenor, las fundaciones están obligadas a destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a los fines fundacionales. Se trata, por tanto, de determinar el porcentaje de los ingresos netos que obligatoriamente ha de dedicarse a la realización de los fines fundacionales que, no debe olvidarse, son de interés general. Teniendo en cuenta que las fundaciones carecen de fin de lucro y no reparten ningún tipo de beneficio, el resultado no utilizado de acuerdo a los fines, deberá destinarse a incrementar la dotación o reservas, como manifestación del sustrato patrimonial que se encuentra en la caracterización misma de la institución fundacional.

Respecto de la obligación de aplicación obligatoria de un porcentaje fijado de ingresos netos, que como mínimo deben destinarse anualmente a la realización de los fines

fundacionales, por parte de las fundaciones, la Confederación Española de Fundaciones estimó la conveniencia de esta obligación, por tratarse de una regla dirigida de manera explícita a asegurar por parte de los poderes públicos, que la fundación atenderá al fin que justificó su creación, además de razonar que así se transmite con claridad a quienes otorgan su favor a las fundaciones que los recursos económicos que obtengan esas entidades serán efectivamente destinados al cumplimiento de los fines que promueven tal favor. Podría, por tanto, considerarse, una exigencia que las fundaciones deben cumplir, con causa en la privilegiada posición que ocupan en nuestro ordenamiento jurídico. Añade también la asociación referenciada que seguramente la justificación del requerimiento legal no exige más extensas explicaciones, pues es una práctica comúnmente admitida en ordenamientos que generalmente se toman como un referente (puede observarse en el caso británico o de manera más rigurosa, puede observarse en la ley gallega de fundaciones).

A pesar de lo lógico que pueda parecer el contenido del precepto, lo cierto es que durante el debate parlamentario se planteó una cierta polémica. La esencia del conflicto radicaba en el porcentaje de ingresos netos que, como mínimo, debería destinarse anualmente a la realización de los fines fundacionales.

El artículo 5,2 de la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, determinaba que a la realización de la finalidad fundacional debería ser destinado, al menos, el 80% de las rentas que obtenga la fundación y de los otros ingresos que no formen parte de la dotación de la fundación.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, en fase de anteproyecto propuso y mantuvo el 70 por 100 como porcentaje mínimo; el grupo Socialistas-Ciudadanos para el Cambio propuso que el porcentaje de rentas e ingresos netos destinados se aumentara a un 80% y no quedara en el 70% que el texto presentado señalaba. Por otra parte, el Grupo Popular proponía que el porcentaje a destinar fuera reducido al 60%. Finalmente el texto presentado no se modificó. El Libro tercero del Código Civil de Cataluña sigue manteniendo el mismo porcentaje numérico del 70% que mantenía la ley anterior, como aplicación obligatoria.

La misma polémica que en Cataluña suscitó la materialización numérica de la obligación contenida en el artículo 33 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña de igual forma, se produjo durante los debates de la ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Desde la Administración no se planteó seriamente rebajar el 70 % propuesto que estaba vigente tras la Ley 30/1994,



de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

No obstante, es preciso subrayar que, en todos los casos, el porcentaje fijado en la Ley de destino obligatorio a la consecución de fines fundacionales tiene carácter mínimo. Es decir, las fundaciones podrán dedicar mayor cantidad a tal objeto, pero en ningún caso podrán dedicar menos.

El resto- esto es, el porcentaje no dedicado a fines fundacionales – deberá destinarse al cumplimiento diferido de las finalidades de la fundación o al incremento de los fondos propios de la fundación. El patronato debe aprobar las formas de aplicación de este remanente.

### **8.2.2 Obtención de las rentas o ingresos netos**

En cuanto a la fijación de reglas para la obtención de las rentas, la doctrina venía reclamando desde hace algún tiempo, una mayor claridad en este asunto.

Se tomarán como base todos los ingresos, de explotaciones económicas o de cualquier otra procedencia, salvo los siguientes, que no computarán:

1.- Aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de la constitución de la fundación o en un momento posterior, de este modo no se contraría la voluntad del donante por la aplicación de la regla del destino mínimo obligatorio.

2.- Ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes o derechos de la dotación.

La ley estatal 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, al igual que la ley catalana, regula también, como ingresos no computables, las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial y los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes o derechos de la dotación; pero, a diferencia de la ley catalana, respecto de los segundos ingresos no computables, únicamente hace referencia a aquellos ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la fundación 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 también concorra dicha circunstancia. Mientras que la ley catalana, no habla de bienes inmuebles, sino de bienes en sentido amplio, por lo que debemos entender incluidos, tanto los muebles como los inmuebles, siempre y cuando se trate de una transmisión onerosa y fueran integrantes de la dotación.

De los ingresos totales deben de deducirse todos los gastos realizados para la obtención de tales ingresos. Los gastos podrán estar integrados, por la parte proporcional de los siguientes conceptos:

- gastos por servicios externos
- gastos de personal
- otros gastos de gestión
- gastos financieros
- tributos

Se deben excluir los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios. Como gastos de administración se entienden los directamente ocasionados para la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y aquellos otros de los que los patronos tengan reconocido el derecho de resarcimiento. Si de los ingresos restamos los gastos, obtenemos la renta o ingreso neto sobre la que se aplica el porcentaje antes analizado.

### **8.2.3 Efectividad de la aplicación**

En el tercer apartado del artículo 333-2 del Código Civil de Cataluña dedicado al deber de aplicación obligatoria de un porcentaje fijado de los ingresos netos anuales que la fundación obtiene al cumplimiento de los fines fundacionales, se delimita un plazo para hacer efectiva esta obligación.

El Código civil de Cataluña ha variado el plazo que señalaba la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones: en esta era de tres años, y el Código Civil de Cataluña lo fija en cuatro ejercicios. La ley no sólo se muestra clara en este punto, sino que precisa cómo computar el plazo señalado, y dispone que este deba empezar a contarse desde el día siguiente al de la acreditación contable. Para la fijación del plazo, existía un precedente en la normativa catalana que fue aprovechado por el legislador, durante la tramitación de la Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña; el artículo 25,3 de la Ley 1/1982 de 3 marzo, de fundaciones privadas, adoptaba este plazo y contemplaba que la obligación de la destinación de rentas e ingresos podía promediarse por la fundación a lo largo de tres años a partir del momento de su obtención.

No obstante, la Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, contemplaba una posible excepción a esta norma al señalar que el Protectorado podría autorizar un plazo diferente para hacer efectiva esta obligación.

Finalmente, el plazo señalado en el Código Civil de Cataluña es el mismo que el conferido en el artículo 27,1 de la actual Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, a cuyo tenor

*“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”*

Esta norma es idéntica a la prevista en la norma fiscal (Ley 49/2002 de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de Incentivos Fiscales al Mecenazgo); sin embargo, el plazo que la Ley contempla es muy superior al previsto en el artículo 25,2 de la anterior Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación privada en Actividades de Interés General y en la ampliación efectuada por el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, que se fijaba en tres años a partir del momento de su obtención. Por tanto es mucho más favorable para las fundaciones.

Un plazo amplio es necesario y puede considerarse imprescindible para permitir a las fundaciones ajustar el ritmo de actividad al volumen de renta disponible, sin excesivos sobresaltos, ya que si el plazo fuera breve podría llegar a impedir a la entidad el cumplimiento de la ley, sobre todo en los casos de ingresos extraordinarios o de cuantía anormalmente alta en relación con la capacidad de gastos y de realización de actividades dirigidas a la consecución de los fines por parte de la fundación.

### 8.3 Gastos de Funcionamiento (antes llamados gastos de administración)

La Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña calificaba los gastos derivados del funcionamiento del patronato y de los otros órganos de la fundación como *gastos de administración*; el artículo 333-3 del Código Civil de Cataluña califica estos gastos como *gastos de funcionamiento*. La ley catalana, a diferencia de la ley estatal, trata en diferentes artículos la aplicación obligatoria de las rentas e ingresos y los gastos de administración.

A este respecto, establece, que se consideran como tales, los directamente ocasionados a los órganos de gobierno (patronato-patronos) por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y que tienen la obligación de mantener plenamente en rendimiento y utilidad, de acuerdo con los estatutos y la ley. También los patronos tienen derecho a resarcirse como reembolso de los gastos debidamente justificados, que el desempeño de su función les ocasione,

salvo disposición en contrario de su fundador. No obstante, excluye, con carácter expreso, el coste de las funciones de dirección o gerencia. Se refiere por tanto, a los gastos de dietas, viaje, alojamiento, etc., producidos como consecuencia de su pertenencia al patronato, así como cualesquiera otros ocasionados por el órgano de gobierno. En paralelo al Derecho Mercantil, se podría decir que son gastos equivalentes a los derivados de los Consejos de Administración de las Sociedades.

La Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, contemplaba con carácter general la proporción máxima de dichos gastos, que fijaba en un 10% y regulaba una posible excepción a la norma general que consistía en autorizar al patronato a justificar el incremento hasta el veinte por ciento, en el caso de que la aplicación de esta regla impida la gestión adecuada de la fundación.

El Código Civil de Cataluña amplía la proporción máxima y dispone al respecto que los gastos de funcionamiento no pueden ser superiores al 15% de los ingresos netos obtenidos durante el ejercicio.

En la Ley 30/1994, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación privada en Actividades de Interés General, estos gastos no se computaban para obtener las rentas o ingresos netos, sino que se deducían del remanente que había de destinarse a la dotación. Sin embargo, en el Proyecto de la Ley 50/2002 (artículo 27,2) remitido por el Gobierno al Congreso, tales gastos de administración se consideraban como gastos ordinarios que debían restarse a los ingresos brutos. Es decir, recibían un tratamiento normal aun cuando se les seguía citando expresamente. Precisamente, era esa cita expresa la que justificaba el apartado segundo del precepto, dedicado a definir qué se entiende por gastos de administración y a efectuar una remisión reglamentaria respecto a la proporción máxima de dichos gastos<sup>244</sup>.

Sin embargo, en la tramitación parlamentaria, como consecuencia de sendas enmiendas del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, se suprimió la cita expresa de los gastos de administración, por lo que tendrán una consideración absolutamente asimilada al resto de gastos. Tal circunstancia implica, que el apartado segundo pierda sentido, toda vez que está dedicado a definir un tipo de gastos que no aparecen citados expresamente en el apartado primero, de modo que carecen de la

---

<sup>244</sup>El artículo 145 del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal aprobado por el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, lo fijaba en un 10 por 100 de los ingresos o rentas netas del ejercicio, pudiendo el protectorado autorizar su elevación hasta un máximo de un 20 por 100.

identidad imprescindible para justificar tal precisión que bien podría hacerse con la normativa reglamentaria de desarrollo. Tan solo el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria se percató de tal circunstancia, o así parece, puesto que presentó una enmienda solicitando la supresión del apartado segundo por ser ya innecesario. No obstante, la enmienda no prosperó y el apartado segundo siguió incorporado a la ley.

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley, 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, el Grupo Socialistas -Ciudadanos para el Cambio proponía que los gastos no fueran superiores al 2% en lugar del 10% que el texto propuesto mantenía; el Grupo Popular proponía que los gastos no fueran superiores al 8%.

A pesar de las enmiendas planteadas que solicitaban una rebaja de los gastos de administración el texto propuesto no se modificó en cuanto al porcentaje del 10% establecido. No obstante, se añadió que en caso justificado, el patronato podría incrementar el límite hasta el 20%. Sin embargo, esta excepción ha sido suprimida en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, respecto del porcentaje a deducir, pese a haberse aumentado en 5 puntos.

## 8.4. Participación en sociedades

### 8.4.1 Planteamiento General

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña regula la posibilidad de que la fundación pueda participar en la economía de mercado como cualquier otra empresa. El artículo 333-4 normaliza la posibilidad de que las fundaciones puedan constituir sociedades o participar en el capital de sociedades.

Cuando las fundaciones quieran desarrollar actividades económicas no relacionadas con los fines fundacionales y, por tanto, con el objetivo de obtener mayores recursos económicos, deberán hacerlo a través de sociedades interpuestas en las que puedan tener una participación minoritaria o mayoritaria, como se desarrollará posteriormente, según un análisis detallado, ya que el enunciado del artículo parece requerirlo. La participación además, para ser regular, debe venir referida a sociedades en las que no se responda personalmente de las deudas sociales.

### 8.4.2 La Fundación Empresa

Durante los últimos años, ha sido frecuente utilizar los conceptos de *fundación-empresa* (propia del derecho alemán) o *fundación de empresa* (en el derecho francés), que, a pesar de su aparente sinonimia, encubren realidades muy dispares.

La fundación-empresa es una realidad acogida en diversos sistemas jurídicos que, como ha señalado la doctrina, no ha encontrado un fácil encaje en el marco normativo español en materia de fundaciones<sup>245</sup>. A este respecto puede considerarse que el Tribunal Constitucional- con carácter de *obiter dicta*- ha señalado expresamente que:

*“El concepto de fundación-empresa en sus diversas modalidades constituye una de las tantas importaciones de la doctrina alemana que se han realizado o se intentan realizar en nuestro Derecho. No es por supuesto tarea de este Tribunal determinar si es posible y, en caso afirmativo, en qué condiciones, esa importación puede realizarse.*

*Basta con señalar, a los efectos que aquí interesan, no sólo que la doctrina no es unánime sobre cuáles serían las condiciones y las medidas legislativas para llevarla a cabo, especialmente cuando se trata de la llamada fundación-empresa “funcional” aplicada a un tipo de empresa tan peculiar como son las entidades de crédito, sino que en todo caso resultaría discutible en qué medida tal concepto encajaría en el de fundación protegida por el artículo 34 de la Constitución”.*

Es claramente deducible, a la vista de las frases transcritas, que es el poder legislativo en último término, a quien corresponde determinar la posibilidad y las condiciones de una posible regulación de la fundación-empresa, así como su compatibilidad con el artículo 34 de la Constitución.

Si acudimos a lo dispuesto en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, no se establece una regulación expresa que delimite los perfiles y el sistema de funcionamiento de esta modalidad de fundación. Es claro, que cuando hablamos de este tipo de fundaciones, nos estamos refiriendo a algo más que participaciones en una empresa.

Las fundaciones-empresa se constituyen para un fin de interés general que se logra básicamente, a través del ejercicio de una actividad empresarial. En definitiva, la empresa que tiene fin de lucro, pretende lucrar al empresario- la fundación- para que ésta pueda desarrollar su fin de interés general. En el panorama legislativo autonómico se ha avanzado algo más significativamente en la línea de configurar un marco jurídico que permita el desarrollo de estas fundaciones.

---

<sup>245</sup> Puede verse a este respecto la obra de JORGE GARCÍA ANDRADE. *La Fundación; un estudio jurídico* (Págs. 210 y siguientes). Escuela Libre Editorial. Madrid 1997.

Sin embargo, las posiciones que mantienen otros Estados de nuestro entorno son claramente favorecedoras de estas fundaciones<sup>246</sup>. En Alemania, el ordenamiento jurídico admite la existencia de fundaciones para coordinar la gestión y el control de un grupo de empresas, dando así carta de naturaleza a lo que ha pasado a denominarse por la doctrina como *fundación-empresa*<sup>247</sup>. Se trata, en definitiva, de una fundación ordinaria con una finalidad privada específica, dado que el Derecho alemán no exige que las fundaciones sean de interés público.

El Derecho italiano no exige que las fundaciones tengan un fin altruista, sino que basta con que su objeto fundacional no esté expresamente prohibido por la ley. No obstante, el objeto de la fundación no puede ser lucrativo, pues la jurisprudencia exige que las organizaciones con ánimo de lucro se constituyan bajo cualquiera de las seis formas societarias contempladas en el Libro V del Código Civil.

En Francia, la Ley 90-559, de 4 de julio de 1990, regula la creación de la denominada *fundación de empresa* para facilitar las acciones temporales de mecenazgo efectuadas por sociedades mercantiles, con medios financieros más débiles que los de las fundaciones tradicionales.

Estas nuevas fundaciones pueden ser constituidas por una o varias empresas para un tiempo limitado a 5 años prorrogables y una dotación inicial fijada solamente en la quinta parte del programa plurianual de actividades de la fundación de empresa. En consecuencia, el montante previsto de aportación de recursos puede ser menor que el requerido para las fundaciones ordinarias.

La diferencia entre una clase y otra estriba en que estas fundaciones pueden utilizar en su totalidad la dotación inicial para financiar las actividades previstas, habida cuenta de su temporalidad, sin tener que recurrir solamente a las rentas procedentes de esta dotación. Además, la autorización de su creación es acordada por el prefecto del Departamento de la sede de la fundación, y los plazos para tal autorización, no deben superar los cuatro meses; y una vez transcurridos sin respuesta administrativa, se adquiere la condición de fundación por la vía del silencio positivo. Por contraposición con el otro tipo de fundaciones, no existe control previo ni Decreto del Consejo de Estado; en todo caso el fin de la fundación de empresa ha de ser de interés general.

---

<sup>246</sup> Un extenso estudio de las fundaciones en Derecho comparado puede verse en la magnífica obra de CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; *El tercer sector y las fundaciones de España hacia un nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico*. Escuela Libre Editorial. Madrid 1998.

<sup>247</sup> Así puede citarse entre otras, la Fundación Volkswagen, la Fundación Thyssen, la Fundación Bosch, la Fundación Krupp.

Como norma general, este tipo de fundaciones está sometido a un control más estricto por parte del poder público que se refleja en el hecho de la fiscalización de sus cuentas por el denominado *comisario de cuentas*. Tampoco pueden recurrir a las subvenciones públicas ni poseer más bienes inmuebles que los necesarios para el fin fundacional, y tienen la obligación de denominarse *fundación de empresa*.

En el Reino Unido, este tipo no se contempla específicamente, si bien el concepto amplio de *trust* permite englobar los contenidos tanto de la figura alemana como de la francesa. El *trust* puede tener una finalidad de interés privado o de interés general, en beneficio de una colectividad indeterminada; en este caso se denomina *Charity trust* (concepto que sería equiparable al español de *fundación* y no el general de *trust*). Debido a su actuación en beneficio de interés general, sólo los *charity trust* (institución que no tiene equivalente en el Derecho español), no tienen limitaciones en cuanto a sus actividades mercantiles; sin embargo, no reciben un trato fiscal privilegiado.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 333-4 del Código Civil de Cataluña, en relación a las fundaciones catalanas, estas pueden constituir sociedades y participar en el capital de aquellas sociedades pero, en el caso que esta participación comporte la asunción de responsabilidad personal por deudas sociales, será precisa la autorización previa del protectorado.

Además, el artículo dispone, que la fundación deberá comunicar al protectorado en el plazo de treinta días, -no necesita en este caso autorización-, la adquisición o tenencia de acciones o de participaciones sociales que le confieran, directa o indirectamente, el control de sociedades que limiten la responsabilidad de los asociados.

El Código Civil de Cataluña establece que el ejercicio por una fundación de funciones de administración en sociedades, debe ser compatible con el cumplimiento de las finalidades fundacionales. La Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, en el artículo 35,1 se pronunciaba en iguales términos respecto a esta cuestión, y ofrecía también una doble alternativa para las fundaciones: o bien podían constituir sociedades o bien podían participar en el capital de las sociedades que limiten la responsabilidad de los socios. Sin embargo, asignaba la obligación de que, en el supuesto de que la fundación participe en la gestión de sociedades, esta gestión debería ser compatible con las finalidades fundacionales. No obstante, no imponía la obligación de comunicar al protectorado la tenencia de acciones.

Del redactado de este artículo, nos llama poderosamente la atención el hecho de que la posible participación en sociedades no haga referencia a *sociedades mercantiles*,



sino sólo a *sociedades* (Artículo 334-1.1). Se supone que, de este modo, se trata de englobar en el concepto la participación en sociedades que no cabe calificar fácilmente de mercantiles, como son las cooperativas, o incluso de incluir a las sociedades civiles, que, aunque impliquen responsabilidad personal ilimitada por las deudas sociales, pueden ser transitoriamente participadas por fundaciones.

La Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, añade además otro requisito, consistente en un deber formal, de dar cuenta o comunicar al protectorado las participaciones mayoritarias que puedan existir (artículo 24,2). Por *participación mayoritaria* se entiende, según el artículo 24,2 del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2002, de 11 de noviembre, la que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose tanto las participaciones directas como indirectas. Desde luego, se define el concepto de participación mayoritaria de forma sencilla y sin matices; de hecho, se sigue el criterio de no describir en la Ley qué es una participación mayoritaria sino que tal cuestión se deja para el Reglamento, con lo que existe la posibilidad de que en el futuro se pueda seguir un criterio distinto.

Como es bien sabido, con un porcentaje minoritario tanto del capital social como de los derechos de voto, se puede controlar efectivamente una sociedad mercantil. El régimen de las denominadas *participaciones significativas* es común en ciertos sectores de actividad económica<sup>248</sup>, imponiéndose en general obligaciones de comunicación de tales participaciones y estableciéndose la necesidad de obtener autorización administrativa para realizar ciertas operaciones.

La transparencia de los mercados y de quienes en ellos operan exige que se conozca este tipo de información, y muy especialmente el momento en que se producen las transacciones que dan lugar a que se produzca o se ponga fin a una situación de participación significativa.

---

<sup>248</sup>Por ejemplo puede citarse la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas y Orden Ministerial de 23 de abril de 1991 que lo desarrolla; Ley 26/1998, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de crédito (Art. 57 a 60); Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Art. 21) y su Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre (Art. 66 y 67); Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de las Instituciones de Inversión Colectiva ; y la Ley 10/1990, de 15 de Octubre del deporte ( modificada por la ley 50/1998) y su Reglamento contenido en el Real Decreto 1251 /1999, de 16 de julio, sobre Sociedades Anónimas Deportivas.

Además de este requisito impuesto por la ley 50/2002, de 26 de diciembre, el artículo 24,1 del Reglamento de competencia estatal aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, también exige dar cuenta al protectorado de la enajenación o gravamen de valores mobiliarios que representen participaciones significativas en el capital de entidades mercantiles o industriales, considerando como tales aquellas que representen más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto, computándose tanto las participaciones directas como indirectas (Artículo 24,2).

Por consiguiente y de todo lo anteriormente señalado se deduce, que el criterio de capital social o derechos de voto que utiliza el Reglamento para definir la participación significativa es también excesivamente alto. Del mismo se induce también que las fundaciones a las que, por el sector de actividad de la sociedad en que participen, les sea de aplicación cualquier régimen de participaciones significativas –más estricto que el previsto en la normativa para fundaciones- estarán sujetas a las obligaciones formales y, en su caso sustantivas que del mismo se deduzcan, de modo que no tendrían obligación alguna de comunicar al protectorado ninguna operación hasta que se superase, o una vez superado el umbral citado anteriormente.

Esta circunstancia debería corregirse en un futuro con un nuevo reglamento, contemplando, junto al régimen específico que se quiera diseñar para las fundaciones, la obligación de que éstas comuniquen al protectorado las mismas operaciones y hechos relativos a participaciones que estén sujetas a comunicación en el sector de actividad en que se desenvuelva la sociedad afectada.

Finalmente, debe plantearse el supuesto de las fundaciones tenedoras de acciones, las llamadas *fundaciones de cartera*, mantenedoras de grandes patrimonios privados de personas físicas o jurídicas.

Llegados a este punto, no es posible olvidar que el derecho de fundación se reconoce en todo caso para fines de interés general y que, además, los bienes de la fundación han de ser transmitidos a otras entidades sin ánimo de lucro, en caso de extinción. Por todo ello, el protectorado deberá en todo caso ser vigilante riguroso de que no sean defraudadas las previsiones legales.

No obstante, y si atendemos a la realidad, estas fundaciones, cuando son creadas por grandes sociedades que controlan el patronato, pueden defraudar no sólo la legislación de Fundaciones sino también otras normas, como la Ley de Sociedades Anónimas, en materia de autocartera. De ello pudiera resultar que las fundaciones se convierten en meros entes fiduciarios para superar los estrictos límites legales. Sin

embargo, en tales casos la vigilancia y control no corresponderá al protectorado sino a otros órganos.

En el artículo 35,2 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña se contemplaba el supuesto de que la fundación adquiriera por herencia, legado o donación alguna participación en sociedades en las que deba responderse personalmente por las deudas sociales; en cuyo caso, si los estatutos sociales permiten adoptar el acuerdo de transformar la sociedad, se convertirá en otra que limite aquella responsabilidad

En este supuesto no existía una prohibición estricta de participar en aquellas sociedades en que deba responderse personalmente por las deudas sociales, pero sí se obliga a la fundación a enajenar dicha participación o bien a que se produzca la transformación de la sociedad en otra de aquellas en las que quede limitada la responsabilidad, o bien las aporte a una sociedad que limite la responsabilidad de los socios.

Sin embargo se producían en relación a este asunto diferencias entre la ley catalana y la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Mientras que la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña imponía la obligación de que el acuerdo de transformación de la sociedad se produjera inmediatamente, es decir, en el momento de la adquisición. La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, no impone la obligación de acordar inmediatamente, en el momento de la adquisición, el acuerdo de transformar la sociedad en otra que limite la responsabilidad sin embargo, sí establece un plazo determinado para llevar a cabo tal transformación, que deberá ser de cómo máximo un año (artículo 24,3).

La obligación de enajenar tal y como se articula en la ley estatal consiste en una obligación de resultado que dispone en el plazo de un año para que se produzca la transformación. Es decir, no basta con que la fundación promueva la transformación, sino que ésta ha de tener lugar,; en caso contrario, la fundación debe enajenar su participación.

Esta redacción viene como consecuencia de la tramitación parlamentaria de esta ley. El texto original remitido por el Gobierno establecía dos obligaciones alternativas para la fundación: o bien promover en el plazo de un año la transformación (no conseguirla en tan breve período de tiempo, sino promoverla), o bien enajenar. Así el margen de actuación de que disponía la fundación era mayor.

Con la redacción aprobada por las Cortes generales, se corre el riesgo de que terceros especulen con la obligación de enajenar que pesa sobre la fundación si no consigue transformar la sociedad (lo que puede ser extraordinariamente difícil, por no decir francamente imposible, en la mayoría de los casos), para así hacer bajar el precio de las participaciones sociales.

Por otra parte, sorprende el hecho de que estamos ante una norma que impone una obligación pero que no prevé sanción para el caso de incumplimiento. Debemos entender así que, en estos casos, operarán las reglas sobre responsabilidad de los patronos para el supuesto de que se haya causado un daño o perjuicio a la fundación.

En otro orden de cosas, podría cuestionarse el criterio de la Ley, contrario, en definitiva a que las fundaciones participen directamente en estos tipos sociales, toda vez que ahora se admite sin ambages la realización directa de actividades económicas, con la consiguiente responsabilidad personal. Ahora bien, debe tenerse en cuenta, que en este último caso, el control de la actividad corresponderá a la fundación, en tanto que respecto de las sociedades personalistas puede ocurrir o no lo mismo.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña no contempla este supuesto como lo sí lo hacía la anterior Ley 5/2001 de 2 de mayo de Fundaciones de Cataluña.

### 8.5. Gestión directa de explotaciones económicas

El artículo 333-5 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña permite a las fundaciones llevar a cabo directamente explotaciones económicas en los casos siguientes: si el ejercicio de la actividad constituye por sí mismo el cumplimiento del fin fundacional o de una parte de él y si se trata de una actividad accesorio, complementaria o subordinada respecto al citado fin o parte de él.

El contenido de este artículo, ya incorporado por la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, fue considerado de carácter novedoso y, si bien más nominal que real, resulta muy significativo que en el texto de la ley sustantiva se afirme que las fundaciones puedan realizar cualquier tipo de actividad económica -actividad de carácter empresarial- siempre y cuando esté relacionada con los fines fundamentales<sup>249</sup>.

La Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, introduce un grado de generalidad e imprecisión muy conveniente para permitir un desarrollo de esta figura, y

---

<sup>249</sup>GONZÁLEZ CUETOS, Tomás; *Comentarios la Ley de Fundaciones...*op.cit. Págs. 191-202

así dispone expresamente en su artículo 25, relativo a las actividades empresariales, que estas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos.

Por su parte, el artículo 27,1 (primer párrafo) de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones canarias, prevé que la fundación podrá realizar por sí misma actividades empresariales solo cuando estas estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean estrictamente necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional.

El Código Civil de Cataluña contempla con carácter expreso la posibilidad de que las fundaciones puedan realizar directamente actividades económicas con toda claridad y sencillez. Esta posibilidad queda también expresamente recogida en la Ley estatal de fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, después de haber sido valorada positivamente esta posibilidad en los Dictámenes emitidos por el Consejo de Estado y el Consejo Económico y Social. No obstante, el mismo artículo que contempla esta posibilidad impone como condición que el desarrollo directo de actividades deba limitarse a aquéllas que constituyan por sí mismas el cumplimiento del fin fundacional o bien complementario o accesorio de éste.

Las actividades de objeto relacionado con el fin fundacional serán sencillas de definir pues se mueven en el ámbito de la propia fundación. Normalmente serán actividades que en sí mismas supongan realización o mejor consecución de los fines propios de la entidad, pero por el contrario, resultará bastante más difícil acotar cuáles son aquellas otras actividades complementarias o accesorias de las principales, con independencia de que puedan ser complementarias o accesorias también respecto de los fines fundacionales, lo que carece de relevancia jurídica. En el caso de que concurren en la fundación los requisitos y circunstancias que cualifican al comerciante, le serán de aplicación las normas del Código de Comercio y concordantes.

En unos casos y otros, sean actividades principales, complementarias o accesorias, deben desarrollarse *“con sometimiento a las normas reguladoras de defensa de la competencia”*<sup>250</sup>. Esta cautela tiene como objetivo que las fundaciones titulares de una

---

<sup>250</sup>Debe atenderse en materia estricta de competencia a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. También cualesquiera otras normas sectoriales que pretendan introducir criterios de competencia real en mercados determinados como, por ejemplo, el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

actividad industrial o mercantil actúen como un operador más en el mercado, sin beneficiarse de forma relevante de sus peculiaridades (especialmente las de carácter fiscal, aunque éstas habrán de ser inevitablemente toleradas por los competidores si se cumplen los requisitos normativamente regulados).

Es decir, ha de vigilarse con especial intensidad que las fundaciones no se aprovechen de un régimen jurídico y fiscal favorable y generoso para competir con ventaja en el mercado que les corresponda, pudiéndose así imponer al resto de operadores económicos.

### 8.6. Remuneración de actividades

El Código Civil de Cataluña, en el artículo 333-6 contempla expresamente la posibilidad de que la fundación pueda obtener ingresos por razón del servicio que presta. Esta posibilidad aparecía prácticamente vedada en la legislación estatal de 1899 y se abrió paso tímidamente, aunque con ciertas restricciones, con el Reglamento de 1972.

Paulatinamente, la doctrina fue creando una opinión favorable a la obtención de ingresos por parte de las fundaciones y, de tal corriente se hicieron eco algunas legislaciones autonómicas, pues si bien algunas no se ocupan del tema, otras prevén la obtención de ingresos con carácter excepcional y otras como la catalana, consagran ya la existencia de servicios remunerados, aunque sometidos a determinadas condiciones.

En cualquier caso, el Código Civil de Cataluña exige, que la fundación no se desnaturalice, a fin de que se cumplan de manera efectiva los fines fundacionales, esta será una cuestión que deberá vigilar el Protectorado.

## 9. CONTABILIDAD, AUDITORÍA, PLAN DE ACTUACIÓN

### 9.1 Contabilidad

#### 9.1.1. Deberes de la fundación en relación con su contabilidad

El régimen contable y documental se concreta en el deber de llevar una contabilidad ordenada y libros, conforme a la legislación tributaria (artículos 333-7 y ss. del Código Civil Cataluña).

El precepto impone expresamente el deber público de contabilidad de todas las fundaciones y pone de manifiesto la importancia que tiene disponer de información contable sobre tales entidades, a pesar de su especial naturaleza.

De la función no sólo interna sino también externa que cumple la contabilidad, deriva la obligatoriedad de toda fundación de contabilizar sus operaciones y elaborar unas cuentas anuales que expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, establece que el patronato debe hacer el inventario y formular las cuentas anuales. El inventario y las cuentas anuales deben expresar de forma precisa el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la fundación, de acuerdo con lo establecido por la ley. Se trata de una norma de tenor similar al artículo 25 del Código de Comercio, que obliga a todo empresario a llevar una “*contabilidad ordenada*”, adecuada a la actividad de la empresa.

Las fundaciones deben ajustarse a los principios y normas de contabilidad que le sean aplicables. No obstante, es conveniente poner de manifiesto, como el artículo 313-1 del Código Civil de Cataluña es aplicable a todas las fundaciones, desarrollen o no actividades empresariales. Este precepto impone expresamente el deber público de contabilidad a todas las fundaciones, destacando la importancia que supone el disponer de información contable sobre tales entidades, a pesar de su especial naturaleza.

De la función, no sólo interna, sino también externa, que cumple la contabilidad, deriva la obligatoriedad de toda fundación de contabilizar sus operaciones y de elaborar unas cuentas anuales que expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad. Así lo entendió el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de diciembre de 1999, cuando afirmó que no puede entenderse que exista una imagen fiel para la actividad empresarial y otra para la actividad no lucrativa

*“pues la consideración de las magnitudes económicas no varía por la naturaleza de la actividad desarrollada por el sujeto”.*

A tenor de lo establecido por la Disposición Final Primera de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, se facultaba al Gobierno de la Generalitat y el consejero o consejera del Departamento competente por razón de la materia, para que en el ámbito de sus respectivas competencias, elaboraran un plan de contabilidad para las fundaciones privadas. Sin embargo, la ley no determinaba el plazo que el Gobierno disponía para la elaboración de este plan.

La Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, también se pronuncia en su Disposición Final Tercera acerca de esta cuestión y, a estos efectos, establece que el Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la ley, deberá actualizar las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos, así como aprobará un plan de actuación de dichas entidades. En esta materia, en todo lo que no se oponga a la ley, será de aplicación el Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre.

Mediante el Decreto 259/2008, de 23 de diciembre, se aprueba el Plan de Contabilidad de las Fundaciones y las Asociaciones sujetas a la Generalitat de Cataluña. Posteriormente el Decreto 125/2010, de 14 de septiembre, modifica el Plan de Contabilidad de las Fundaciones y Asociaciones sujetas a la legislación de la Generalitat de Cataluña y que será de aplicación a todos los ejercicios que finalicen después de su entrada en vigor.

Por el Decreto 125/2010, de 14 de septiembre, se modifican los apartados 1,5.1, 14 y 18 del contenido de la memoria normal y los apartados 1,5.1, 13 y 17 del contenido de la memoria abreviada regulada en la tercera parte del Plan de Contabilidad de las Fundaciones y las Asociaciones sujetas a la Generalitat de Cataluña.

En la Introducción del Decreto 125/2010 se justifica la razón de su aprobación y la modificación del Plan de Contabilidad de las Fundaciones y las Asociaciones sujetas a la Generalitat de Cataluña, resolviendo el valor de la memoria como uno de los documentos que conforman las cuentas anuales cuyo cometido consiste en completar, ampliar y comentar la información incluida en los otros documentos que integran las cuentas anuales. Este documento acrecienta su valor con el incremento en el volumen de su actividad y en la presencia en la vida económica que experimentan las fundaciones en los últimos años.



Por esta razón, y por las finalidades de interés general que toda fundación debe cumplir, las memorias se convierten en un instrumento fundamental ya que a través de las mismas se podrá conocer la evolución de la situación patrimonial y financiera de la fundación. Además, resulta necesario mejorar la información relativa a las actividades de las fundaciones, al haberse detectado que en los modelos de memoria no se contemplaban ciertos aspectos que son relevantes para que las entidades expongan el cumplimiento de sus obligaciones legales y estatutarias. Este hecho hizo necesaria la modificación del contenido de la memoria normal, abreviada y de la simplificada.

### **9.1.2 Los principios contables**

La fundación deberá llevar su contabilidad aplicando preceptivamente los principios contables siguientes:

#### **1.-PRINCIPIO DE PRUDENCIA**

Este principio goza de carácter preferencial en relación con los demás principios e implica que únicamente se contabilizarán los beneficios obtenidos a la fecha de cierre del ejercicio y que, por el contrario, los riesgos previsibles y las pérdidas eventuales con origen en el ejercicio o en otro anterior deberán contabilizarse tan pronto sean conocidos. Del mismo modo, se tendrán presentes toda clase de depreciaciones, tanto si el resultado fuese positivo como negativo.

La memoria deberá informar fehacientemente de los riesgos y pérdidas cuando éstos fueren conocidos entre la fecha del ejercicio y aquella en que se establecen las cuentas anuales, sin perjuicio de su reflejo en el balance y cuenta de resultados.

#### **2.- PRINCIPIO DE ENTIDAD EN FUNCIONAMIENTO**

Se parte de la premisa de que la gestión de la entidad tiene prácticamente una duración ilimitada. En consecuencia, la aplicación de los principios contables no irá encaminada a determinar el valor del patrimonio a efectos de su enajenación global o parcial ni el importe resultante, en caso de liquidación.

#### **3.- PRINCIPIO DEL REGISTRO**

Se basa en que los hechos económicos deben registrarse, cuando nazcan los derechos u obligaciones que los mismos originen, no con posterioridad.

#### **4.- PRINCIPIO DEL PRECIO DE ADQUISICIÓN**

Como norma general, todos los bienes y derechos se contabilizarán por su precio de adquisición o coste de producción.

Este principio deberá respetarse siempre, excepto cuando se autoricen, por disposición legal, rectificaciones al mismo; en cuyo caso deberá facilitarse información suficiente en la memoria.

#### 5.- PRINCIPIO DEL DEVENGO

Implica que la imputación de ingresos y gastos deberá efectuarse en función de la corriente real de bienes y servicios, que estos representan y con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos.

#### 6.- PRINCIPIO DE CORRELACIÓN DE INGRESOS Y GASTOS

La consecución de los fines de la fundación exige relacionar los gastos realizados con los ingresos necesarios para su financiación.

En aplicación de este principio de correlación de ingresos y gastos, el resultado del ejercicio estará constituido por los ingresos una vez deducidos los gastos realizados para la obtención de aquellos; así como por los beneficios y quebrantos no relacionados claramente con la actividad de la entidad en dicho periodo.

#### 7.- PRINCIPIO DE NO COMPENSACIÓN

Este principio supone, que en ningún caso podrán compensarse las partidas del activo y del pasivo del balance, ni las de gastos e ingresos que integran la cuenta de resultados establecidos en los modelos de las cuentas anuales. En consecuencia, se valorarán separadamente los elementos integrantes de las distintas partidas del activo y del pasivo.

#### 8.- PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD

Una vez la fundación haya establecido un criterio en la aplicación de los principios contables dentro de las alternativas que éstos permitan, la fundación deberá mantenerse en el tiempo y aplicarse a todos los elementos patrimoniales, que tengan las mismas características, en tanto no sean alterados los supuestos, que motivaron la elección de dicho criterio.

Si estos supuestos se alterasen, podrá modificarse el criterio adoptado, pero haciendo constar en la memoria las circunstancias de dicho cambio, así como la incidencia y variación que éste suponga tanto a nivel cualitativo como a nivel cuantitativo.

#### 9.- PRINCIPIO DE IMPORTANCIA RELATIVA

Se trata de la no aplicación estricta de algunos de los principios contables siempre y cuando, la importancia relativa en términos cuantitativos, de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere las cuentas

anuales como expresión de la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

## 9.2. Las cuentas anuales

El artículo 333-7 del libro tercero del Código Civil de Cataluña establece la obligación de toda fundación de formular anualmente, en el momento de cierre del ejercicio, las cuentas anuales y el inventario, lo que se efectuará según lo previsto en los Estatutos, y en el caso de no estar previsto, a 31 de diciembre del año anterior,.

La Disposición Adicional Tercera del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, según redacción original por Ley 4/2008, de 24 de abril, imponía a las fundaciones, el deber de formular, aprobar y presentar al protectorado las cuentas anuales correspondientes al primer ejercicio económico que se cierre después de su entrada en vigor. No obstante, la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código civil de Cataluña ha derogado la mencionada Disposición Adicional Tercera del Código Civil de Cataluña.

Las cuentas anuales de la fundación deben ser redactadas con total claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación. Las cuentas anuales comprenden:

- a) Balance
- b) Cuenta de Resultados
- c) El estado de cambios en el patrimonio neto
- d) El estado de flujos de efectivo
- e) La Memoria

El balance de situación y la cuenta de resultados deben ser elaborados con carácter anual y con el objetivo de plasmar la situación económica, financiera y patrimonial de la fundación.

El Código Civil de Cataluña incrementa el contenido de las cuentas anuales, con respecto al contenido establecido por la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, con el estado de cambios en el patrimonio neto y el estado de flujos de efectivo, que tiene también carácter anual. Establece, además, que la fundación informará sobre las actividades anuales y de gestión económica y permite incorporar explicaciones que no puede ofrecer ni el balance ni la cuenta de resultados; pues además de completar, ampliar y comentar la información que contienen el balance y la cuenta de resultados, incluye las actividades fundacionales con carácter detallado, los

cambios de sus órganos de gobierno, dirección y representación, así como el grado de cumplimiento del plan de actuación, indicando los recursos empleados, -el número de beneficiarios en cada una de las actuaciones realizadas, los indicadores de cumplimiento de las finalidades fundacionales, los convenios que se hayan llevado a cabo con otras entidades para estos fines y, el detalle de sociedades participadas mayoritariamente con indicación del porcentaje de participación; asimismo el grado de cumplimiento de las reglas establecidas en relación con la aplicación obligatoria .

Además, deberá también incorporar un inventario de los elementos patrimoniales de la fundación. Con todo, según pacífica doctrina, la imagen fiel de la fundación se identifica con exactitud, objetividad y verdad; y, en todo caso se obtiene del conjunto de documentos y no a través de un documento aislado<sup>251</sup>.

### **9.2.1 Aprobación de las cuentas anuales**

Las cuentas anuales se aprueban por el patronato de la fundación. La rendición de cuentas se conecta con la obligación que, con carácter general, tiene todo administrador de dar cuenta de su gestión.

El responsable de formular las cuentas anuales será, en cualquier caso, el presidente o bien la persona que de conformidad con los estatutos de la fundación, o bien con el acuerdo adoptado por sus órganos de gobierno corresponda. No obstante, su aprobación corresponderá en todo caso al patronato.

### **9.2.2 Presentación y manifestación de las cuentas anuales**

El artículo 333-9 del libro tercero del Código Civil de Cataluña dispone que el patronato debe aprobar las cuentas anuales en los seis meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio. Las cuentas anuales deben presentarse al protectorado en el plazo de treinta días a contar desde el día en que se aprueban, por medio de documentos informáticos garantizados con las correspondientes firmas electrónicas reconocidas. Los documentos informáticos deben entregarse al protectorado en soporte digital o por vía telemática. En supuestos excepcionales, el protectorado puede habilitar mecanismos excepcionales para la presentación de las cuentas.

Los documentos referidos a las cuentas anuales deberán elaborarse siguiendo los modelos, normas y criterios establecidos en Decreto 259/2008 de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Contabilidad de las Fundaciones y Asociaciones sujetas a la legislación de la Generalitat de Cataluña y la memoria conforme a las

---

<sup>251</sup> EMBID IRUJO, José Manuel; "Funcionamiento y actividad de la fundación" en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Fundación ONCE. Madrid, 2005. Pág. 378- 397.

modificaciones previstas en el Decreto 125/2010, de 14 de septiembre, de modificación del Plan de Contabilidad de las Fundaciones y las Asociaciones sujetas a la Generalitat de Cataluña.

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (Artículo 25,7) establece que las cuentas anuales, una vez formuladas deberán presentarse al protectorado, en el plazo de diez días hábiles a contar desde la aprobación; además, requiere la validez del acto de rendir cuentas: a tal efecto señala la necesidad de efectuar una declaración receptiva de conformidad con estas por parte del protectorado. Conectar al protectorado con esa declaración tiene su explicación en el hecho de que las cuentas anuales deben ser normalmente rendidas al propietario del patrimonio que no puede ser personificado en las fundaciones y también por la voluntad expresada del fundador en cuanto al cumplimiento de los fines<sup>252</sup>. El protectorado, una vez presentadas las cuentas anuales, deberá comprobar su adecuación formal a la normativa vigente y proceder a su depósito en el Registro de Fundaciones, donde cualquier persona podrá obtener información de los documentos depositados.

La Ley estatal de fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, refleja una importantísima diferencia respecto de su predecesora, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, puesto que establece un control del protectorado con carácter previo al depósito en el Registro de Fundaciones, solo y exclusivamente, para comprobar su adecuación formal a la normativa vigente. De hecho, ya había quedado demostrado como de cumplimiento imposible la anterior obligación de llevar a cabo un control de fondo, además, del control formal.

Las cuentas anuales de muchas fundaciones son documentos extraordinariamente voluminosos y complejos que requieren la realización de arduos procesos analíticos, imprescindibles para que el protectorado pueda expresar, respecto de toda fundación y para cada una de sus cuentas, una opinión seria sobre el cumplimiento de la legalidad. La lamentable configuración de los protectorados: dispersos, sin medios personales ni materiales, ocasionaba que cumplir adecuadamente una función de control material fuera una verdadera quimera, lo que además, provocaba retrasos inmensos, en el depósito de las cuentas, y el consiguiente perjuicio para todos.

---

<sup>252</sup>Tema ampliamente desarrollado en el trabajo de LUIS BARATO RISOTO "Las Cuentas anuales. La rendición de cuentas" en la obra colectiva. *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*. Editorial Dykinson. Madrid 1995.

La Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones afronta la situación existente y con buen acierto, entiende producida una disociación del control en dos momentos bien diferenciados:

- Un control formal, previo al depósito de las cuentas en el Registro de Fundaciones expresivo del recuento físico de los documentos contables preceptivos y de que éstos cumplen con los principios contables, normas de elaboración, formatos, modelos y estructura de cuentas, así como normas de valoración.
- Un control material, posterior al depósito de las cuentas en el Registro de Fundaciones -salvo que por su sencillez, fuera posible desde el primer momento-, expresivo del proceso de revisión material de las cuentas; utilizando procedimientos y criterios analíticos, de alcance más o menos limitado, basados en principios y normas generalmente aceptados en materia de control de auditoría.

Con esta diferenciación de controles se posibilita cumplir en plazos razonables con la función informativa que es propia del depósito de cuentas, sin perjuicio de la revisión en profundidad, que es deber del protectorado, garantizadora de la satisfacción del interés general.

La ley catalana no aborda esta cuestión con el detalle y buen acierto que, como se ha hecho mención, efectúa la ley estatal. Con ello, podemos deducir que pueden producirse posibles retrasos.

La Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, contemplaba un régimen sancionador en el caso de que las fundaciones incumplieran la obligación de presentar las cuentas anuales. En el caso de que el incumplimiento de la obligación de presentar las cuentas anuales, se produjera durante el primer año, este comportaba que el protectorado requiriera a la fundación su cumplimiento. En el caso en que la fundación no presentara las cuentas anuales durante dos años consecutivos, el protectorado debería solicitar a la autoridad judicial que acordara la intervención temporal de la fundación.

En todo caso el Código Civil de Cataluña establece que, mientras la autoridad judicial no dicte ninguna resolución al respecto, el protectorado no podrá inscribir ningún documento relativo a la fundación, salvo el cese de patronos, la revocación de delegación de facultades, la revocación o renuncia de poderes, la extinción de la

fundación, el nombramiento de liquidadores y los asientos acordados por la autoridad judicial.

Importante resulta el hecho de que, con el objetivo de regular el cumplimiento de presentación de las cuentas anuales por parte de las fundaciones, la ley relacione la presentación de las cuentas anuales con la posibilidad de poder obtener subvenciones o ayudas por parte de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

Por lo que se refiere a la publicidad de las cuentas anuales de las fundaciones, la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña se mostraba mucho más estricta que el Código Civil de Cataluña y que la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones, en lo que se refiere a la posibilidad de comunicar o manifestar el contenido de la documentación. A tal efecto, el artículo 31,3 diferenciaba entre la posibilidad de acceder a la documentación a la que se refería el artículo 29, esto es; el balance, la cuenta de resultados y la memoria, y la posibilidad de obtener simplemente documentación en tratamiento global a efectos estadísticos y sin datos significativos. De este modo, la documentación sólo podría facilitarse, a quien acredite un interés directo y personal para acceder a ella, no siendo necesaria tal acreditación para la documentación que a efectos estadísticos se solicite (artículo 31).

El artículo 333-12 del Código Civil de Cataluña establece que la documentación a la que se refieren los artículos 333-8, 333-10 y 333-11 (el balance de situación, la cuenta de resultados, el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo, el informe anual sobre el cumplimiento del código de conducta y la auditoría de cuentas anuales) es pública, sin exigir requisito alguno para acceder a ella.

### **9.2.3 Documentación que integra las cuentas anuales**

Las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de resultados, el estado de cambios en el patrimonio neto, el listado de flujos de efectivo que forman una unidad y la memoria.

La Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, introduce otra gran novedad junto al modelo de llevanza simplificado de la contabilidad. Se trata de la introducción de la elaboración por parte del patronato de un plan de actuación que deberá remitir al protectorado en los últimos tres meses de cada ejercicio, donde deben quedar reflejados los objetivos y actividades que se prevean desarrollar en el ejercicio siguiente (artículo 25,8).

La nueva Ley de Fundaciones de ámbito estatal ha sustituido con la introducción de este plan de actuación, la obligación de presentar un presupuesto anual. De esta forma, según reza la Exposición de Motivos de la ley, se mantiene la finalidad esencial de ofrecer información acerca de los proyectos fundacionales y se facilita en gran manera la gestión de estas entidades.

El sector fundacional venía demandando con insistencia la supresión del presupuesto anual y su sustitución por otro documento más simple y, lo que es más importante, con mayor sentido, el presupuesto tenía carácter orientativo y generalmente no se podía cumplir por razones obvias, lo cual siempre llevaba aparejada la cuestión acerca de la responsabilidad de los patronos por incumplir un presupuesto que no deja de ser un ejercicio de augurio en entidades privadas, máxime aun cuando son de financiación irregular, como muchas fundaciones que aprovechan o dependen de la generosidad ajena, ya sea pública o privada.

En cualquier caso lo que resulta novedoso y lo que debe interesar especialmente al protectorado será todo lo relativo a los objetivos que la fundación persiga para el siguiente ejercicio y las actividades que pretende desarrollar. Con este plan, el protectorado dispondrá de la información adecuada y suficiente acerca de la fundación que le permitirá, en su caso, ejercer las funciones de asesoramiento que legalmente le correspondan.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña incorpora una importante novedad en relación a las cuentas anuales, consistente en la presentación de un informe anual sobre el cumplimiento del código de conducta que deben seguir las entidades sin ánimo de lucro, de acuerdo con la normativa vigente o con lo dispuesto por la autoridad reguladora, si la fundación hace inversiones financieras temporales en el mercado de valores.

#### **9.2.3.1 El Balance**

De los documentos que forman parte de las cuentas anuales, el balance refleja la posición estática del patrimonio y constituye la expresión de los bienes y derechos, que integran el activo de la entidad y las obligaciones y los fondos propios que forman su pasivo en el momento o fecha de cierre del ejercicio. Refleja, por tanto, el activo y el pasivo de la fundación, cuya diferencia supone la riqueza de la fundación en términos contables.



### **9.2.3.2 La Cuenta de Resultados**

Documento que refleja los ingresos y gastos habidos durante el ejercicio y, por diferencia, su resultado o excedente. Cuantifica el resultado obtenido por la fundación, y su composición.

### **9.2.3.3 La Memoria**

Por último, entre los documentos que forman parte de las cuentas anuales de toda fundación figura la memoria. La memoria tiene como objetivo ampliar y comentar la información contenida en el balance y en la cuenta de resultados.

En la Tercera parte del Plan de Contabilidad de las Fundaciones y las Asociaciones sujetas a la Generalitat de Cataluña se indica que la memoria es uno de los documentos que integra las cuentas anuales, y que esta debe ser completa y amplia, y comentar la información incluida en los otros documentos que integran las cuentas anuales.

Las memorias se constituyen un instrumento básico para conocer la evolución patrimonial y financiera, y por eso se considera adecuado que incluyan una información más detallada de su actividad. Se convierten así, en una herramienta básica para que el protectorado pueda ejercer su función como garante del desarrollo correcto del derecho de fundación.

La memoria incluye las actividades fundacionales, los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación, así como el grado de cumplimiento del plan de actuación e indica los recursos empleados, su procedencia y el número de beneficiarios en cada una de las distintas actuaciones realizadas, los convenios que en su caso se hayan concertado con otras entidades para estos fines, y el grado de cumplimiento de las reglas establecidas para el destino de rentas e ingresos.

Las novedades que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, introduce en relación con la memoria consisten en el deber de detallar las actuaciones que se han realizado en cumplimiento de las finalidades fundacionales, concretando el número de beneficiarios y los servicios que han recibido, así como los recursos procedentes de otros ejercicios pendientes de destino, y las sociedades participadas mayoritariamente, con la indicación del porcentaje de participación.

La memoria debe formularse teniendo en cuenta:

- Que recoge la información mínima a cumplimentar; no obstante, en aquellos casos en los que la información que se solicita no sea significativa, no se cumplimentarán los apartados correspondientes.
- Que las fundaciones que realicen conjuntamente actividades sin fines de lucro con actividades ordinarias de carácter mercantil, deberán diferenciar en el inmovilizado, las existencias; así como en los gastos e ingresos de explotación, los afectos a actividades propias y los que están afectos a actividades mercantiles. También deberá determinar el resultado de explotación que corresponde a cada una de estas actividades, para lo que se creará un apartado específico con la siguiente denominación *“Elementos patrimoniales afectos a la actividad mercantil”*
- Que deberá indicarse cualquier otra información no incluida en el modelo de la memoria, que sea necesaria para facilitar la comprensión de las cuentas anuales objeto de presentación, con el fin de que las cuentas reflejen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.
- Que lo establecido en la memoria en relación con las entidades asociadas deberá entenderse también referido a las entidades múltiples.

Además de incluir la información complementaria y explicativa de los aspectos contables en los múltiples apartados en donde esta se pueda requerir, la memoria debe incluir:

- Información sobre la actividad de la entidad. Donde se e debe informar acerca de los siguientes aspectos:
  - a. descripción específica de las actividades realizadas durante el ejercicio y su forma de gestión;
  - b. descripción específica de las ayudas otorgadas, con mención de los criterios y la forma de asegurar que satisfacen el interés general y que incorporan la perspectiva de género y de las mujeres en su otorgamiento;
  - c. identificación de los convenios de colaboración suscritos con otras entidades, indicando el impacto monetario y los derechos y obligaciones que se derivan para la fundación o asociación y concretando como el convenio ayuda al cumplimiento de las finalidades estatutarias;

- d. información sobre las personas usuarias o beneficiarias de las actividades descritas, separando la información por sexos y detallando el impacto diferencial de estas actividades sobre hombres y mujeres; y,
  - e. información sobre las acciones realizadas para promover condiciones de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres durante el año.
- Información sobre subvenciones, legados o donaciones. Se ha de informar sobre los siguientes aspectos:
    - a. El importe y las características de las subvenciones, donaciones y legados recibidos que figuran en el balance, así como los reflejados en la cuenta de resultados.
    - b. Importes recibidos y en su caso devueltos.
    - c. Origen de las subvenciones, donaciones y legados: en el caso en que la entidad otorgante sea la Generalitat de Catalunya, se debe concretar cuál ha sido el Departamento u organismo vinculado que ha otorgado la subvención o ayuda
    - d. Cumplimiento o incumplimiento de las condiciones asociadas a las subvenciones, donaciones y legados
    - e. Detalle de los bienes o actividades, financiados con las subvenciones, donaciones y legados.

La regulación unitaria de la memoria supera claramente las previsiones legales porque incorpora criterios que pueden no tener nada que ver con las finalidades fundacionales instrumentalizando así estas memorias para otras finalidades: con lo que además, parece desviarse de su función primordial, que no es otra, que la de ofrecer al protectorado una explicación sobre la adecuación de las actividades a las finalidades fundacionales, ya que en este tipo de memoria puede no quedar suficientemente explicitada.

Así, se insiste en la información relacionada con la perspectiva de género, que parece ser el eje de la información a detallar, al incluirse expresamente en las letras b) y c) y especialmente en el apartado d), cuando las fundaciones pueden no tener esa promoción entre sus finalidades. Por el contrario, no se hace ninguna referencia, por ejemplo, a la distribución territorial o al impacto, más o menos real, de sus proyectos en el desarrollo económico, social o territorial.

En este sentido, los balances sociales van a desbordar claramente el contenido y la utilidad de dicha memoria. Además, se omite cualquier referencia a los criterios de imparcialidad y de no discriminación en la determinación de los beneficiarios que son principios rectores de la actuación de la fundación, de acuerdo con el artículo 331-1.3 del Código Civil de Cataluña, que no deben valorarse únicamente en relación al género ni a las posibles ayudas.

El artículo 25 de la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones atribuye también al patronato, la obligación de confeccionar anualmente un inventario que deberá incorporarse a la memoria. La ley establece que el contenido de este inventario se determinará reglamentariamente. No obstante, y hasta que esto suceda será también de aplicación a este apartado el Real Decreto 776/1998, que en su Disposición Adicional Segunda determina que el inventario comprenderá los elementos patrimoniales integrantes del balance de la entidad, distinguiendo: los bienes, derechos, obligaciones y otras partidas que lo componen.

En el inventario se indicarán para los distintos elementos patrimoniales que los Protectorados determinen, en función, entre otros criterios, de su importancia cuantitativa y la vinculación a fines propios de la entidad, los siguientes aspectos:

- Descripción del elemento
- Fecha de adquisición
- Valores contables
- Variaciones producidas en la valoración
- Previsiones, amortizaciones y cualquier otra partida compensadora que afecte al elemento patrimonial
- Cualquier otra circunstancia de carácter significativo, que afecte al elemento patrimonial, tales como gravámenes, afectación a fines propios si forman parte del patrimonio fundacional.

El Código Civil de Cataluña también prevé la presentación de un inventario junto al resto de documentos -balance, cuenta de resultados y memoria-, que en su conjunto, constituyen las cuentas anuales; pero a diferencia de la ley estatal no contempla el desarrollo reglamentario del contenido del inventario

Por otra parte se observa, que mientras la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, establece que el inventario deberá incorporarse a la memoria y, por tanto, será parte integrante de las cuentas anuales, el Código Civil de Cataluña diferencia entre el inventario y las cuentas anuales que el patronato, de manera

simultánea y anualmente debe formular, de acuerdo con lo que prevean los estatutos a este respecto, de forma que, en caso de no existir previsión, el inventario deberá reflejar la imagen fiel del patrimonio de la fundación. Por lo tanto, y en cuanto al contenido del inventario, se concede la facultad de su establecimiento a la propia fundación; y en caso de omisión, deberá seguir las mismas reglas que rigen para el resto de documentos y que constituyen las cuentas anuales.

### 9.3. Los Libros Contables

A semejanza de lo dispuesto en el artículo 25,2 del Código de Comercio, para las sociedades mercantiles, el Código Civil de Cataluña señala como Libros obligatorios para todas las fundaciones (Artículo 313-2): el libro diario, el libro de inventario y el libro de actas.

Por Ley 11/2005, de 7 de julio de modificación y derogación parcial de varias leyes relativas a entidades públicas y privadas y en materia de personal, que modificó los artículos 27 y 28 de la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, se establecieron como libros obligatorios: el libro de diario, el libro de inventario y de cuentas anuales y el de actas; igualmente, se establecía que correspondía al patronato la elaboración, la custodia y la actualización de los libros, además de determinar el contenido de cada uno de ellos.

- Tomando como referencia el artículo 28 del Código de Comercio, el artículo 313.2 del Código civil de Cataluña establece que el *Libro de Diario* es aquel en que se registrarán cronológicamente todas las operaciones relativas a la actividad o actividades de la fundación. Aunque el precepto aplicable a las sociedades mercantiles exige la anotación *día a día*, permite la anotación conjunta de las totales operaciones por períodos no superiores al mes, siempre que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, según la naturaleza de la actividad de que se trate.
- El *Libro de inventario y cuentas anuales* que, conforme al artículo 28,1 del Código de Comercio se abrirá con “*el balance inicial detallado de la empresa*”, deberá transcribir el inventario de cierre del ejercicio y las cuentas anuales. En el caso de las fundaciones parece lógico considerar que éste deberá abrirse con el inventario inicial extraído de la “Carta fundacional” y que en él se transcribirán anualmente el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales.

- El *Libro de actas*, no es un libro contable, sino de los denominados *corporativos*. En él constarán todas aquellas actas aprobadas por el patronato, dada la necesidad de documentar los acuerdos que pueda adoptar el patronato en cuanto órgano colegiado de administración de la fundación. Las actas serán firmadas en todas sus hojas por el secretario del patronato, con el visto bueno del presidente. Es función del presidente o, en su caso, del vicepresidente del patronato, la de visar las actas y certificaciones que adopte el órgano (Artículo 313-3 Código Civil de Cataluña).

#### 9.4. Auditoría de cuentas

La finalidad de la auditoría de cuentas consiste en controlar o comprobar que la contabilidad ha sido realizada con regularidad y exactitud, así como que las cuentas anuales muestran *“la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación”*.

Como ocurre con las sociedades mercantiles, el Código Civil de Cataluña, contempla la auditoría obligada de las fundaciones cuando durante un determinado plazo concurren determinadas circunstancias (Artículo 333-11 del código civil de Cataluña).

A tenor de lo establecido en el artículo 333-11 del Código civil de Cataluña, según su redacción original por Ley 4/2008, de 24 de abril, la auditoría externa será obligatoria para las fundaciones en que concurran a la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias:

- Que el total del activo de la fundación supere los seis millones de euros  
El Código Civil de Cataluña ha incrementado notablemente este importe respecto de la normativa anterior que limitaba este importe a tres millones y medio de euros (Artículo 32. Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña)
- Que el importe del volumen anual de ingresos ordinarios supere los tres millones de euros.  
El Código Civil de Cataluña también ha aumentado dicho importe ya que la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, fijaba este importe en dos millones de euros.
- Que el número medio de trabajadores durante el ejercicio sea superior a cincuenta.

La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código civil de Cataluña, modifica el artículo 333-11 e introduce además de las circunstancias citadas, sin variar ninguno de los importes señalados, las siguientes:

- Que al menos el 40% de los ingresos provengan de las Administraciones Públicas por medio de subvenciones, convenios o cualquier tipo de contrato de prestación de servicios.
- Que haya recibido ingresos de cualquier tipo provenientes de cualquier Administración Pública por un valor superior a 60.000 euros en el conjunto del ejercicio.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, suprimió la posibilidad de que el protectorado, con carácter general, exigiera la auditoria en casos distintos de los previstos en la ley. El Libro tercero del Código Civil de Cataluña, en su redacción original por la Ley 4/2008, de 24 de abril, no se pronunciaba en relación a esta cuestión sin embargo, la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña aborda específicamente esta cuestión, y establece, que el protectorado podrá exigir que las cuentas anuales de una fundación se sometan a una auditoría externa, siempre que, por medio de una resolución motivada, el protectorado aprecie la necesidad de obtener una imagen más fiel y más completa de las cuentas de la fundación.

El primer Proyecto de Ley del Protectorado<sup>253</sup> ya abordaba también específicamente esta cuestión; pero en cualquier caso la Ley establece la obligación de que si concurre cualquier circunstancia que haga aconsejable la realización de una auditoría de cuentas de la fundación, el Protectorado puede pedir su realización, aún cuando no concurren las circunstancias requeridas por el artículo 333-11 del Código Civil de Cataluña. En cualquier caso, deberá emitir una resolución motivada al respecto. La Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, no contempla expresamente este supuesto

En cualquier caso, la auditoría se contratará y realizará de acuerdo con lo previsto en la Ley 12/2010, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley 19/1988, de 12 de julio,

---

<sup>253</sup>El 17 de abril de 2010 se publica en el Boletín del Parlamento de Cataluña, un proyecto de ley del Protectorado respecto de las fundaciones y las asociaciones declaradas de utilidad pública, aprobado por el gobierno el 23 de marzo del mismo año. La ley del protectorado de las fundaciones Y de las asociaciones declaradas de utilidad pública fue aprobada por el Parlamento de Cataluña el 18 de diciembre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial del Parlamento el 24 de diciembre de 2014 (Boletín número 468).

de Auditoría de Cuentas, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, para su adaptación a la normativa comunitaria.

Los auditores dispondrán del plazo mínimo de un mes para realizar su informe, a partir del momento en que les sean entregadas las cuentas anuales formuladas, para realizar el informe correspondiente. Al hilo de la cita de la Ley 12/2010, de 30 de junio, conviene recordar que, en todo caso deberán someterse a auditoría de cuentas las empresas y entidades, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que reciban subvenciones, ayudas o realicen obras, prestaciones, servicios o suministren bienes al Estado o demás organismos públicos dentro de unos límites. En el caso de las fundaciones, se limita la obligación a las que reciban ayudas o subvenciones públicas, dejando la posibilidad de que el protectorado, en estos casos, pueda obligar a una auditoria bajo determinadas circunstancias.

El informe de auditoría de las cuentas anuales es un documento mercantil, que como mínimo deberá contener, los siguientes datos:

- Identificación de la empresa o entidad auditada.
- Personas físicas o jurídicas que encargaron el trabajo, y en su caso, a quienes vaya destinado.
- Identificación de los documentos objeto de examen, que se incorporan al informe.
- Descripción sintetizada y general de las normas técnicas de auditoría de cuentas aplicadas en el trabajo realizado y, en su caso, de los procedimientos previstos en ellas, que no haya sido posible aplicar como consecuencia de cualquier limitación impuesta a la actividad auditora, así como de las incidencias que se pongan de manifiesto en el desarrollo de los trabajos de auditoría de cuentas.
- Manifestación explícita de que los datos que figuran en la memoria contienen toda la información necesaria y suficiente para interpretar y comprender adecuadamente la situación financiera y patrimonial de la empresa o entidad auditada, así como el resultado obtenido en el ejercicio, con incorporación en su caso, de aquellos comentarios, que complementen el contenido del mencionado documento.
- Opinión técnica



- En su caso, se dirá si el informe de gestión concuerda con las cuentas anuales del ejercicio.

En el informe, el auditor manifestará de forma clara y precisa su opinión sobre los siguientes extremos:

- Si las cuentas anuales examinadas expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa o de la entidad auditada o, en su caso, las razones por las cuales no lo expresan.
- Si las cuentas anuales se han preparado y presentado de conformidad con los principios y normas contables, que establezca el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. El auditor de cuentas deberá indicar de modo individualizado los principios contables que no hubiera aplicado.
- Si dichos principios y normas han sido aplicados de manera uniforme respecto a los ejercicios precedentes.
- Si la no aplicación de uno o varios principios o normas contables se considera procedente, o en su caso, en el marco de la imagen de la imagen fiel que deben dar las cuentas anuales.
- Sobre los acontecimientos que se hubieran producido entre la fecha de cierre del ejercicio y la de realización del informe y que pudieran tener repercusiones en la marcha de la empresa o entidad auditada.

En todo caso, la fundación está obligada a facilitar cuanta información fuera necesaria para realizar los trabajos de auditoría de cuentas. Los documentos objeto de examen se incorporarán como anexo al mencionado informe.

Finalmente, el régimen de nombramiento y revocación de los auditores se establecerá reglamentariamente.

La Ley establece un plazo mínimo y máximo para la presentación ante el protectorado del informe de auditoría de cuentas, que se establece entre los sesenta días a contar desde su emisión y en ningún caso, más tarde del día en que se presentan las cuentas (artículo del 333-11.2 Código Civil de Cataluña). La Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, otorgaba un plazo bastante más amplio que el actual. El plazo establecido era, antes de los siete meses posteriores al último día del ejercicio económico a que hacía referencia el informe (artículo 32,3).

## 9.5. Los Fondos Especiales

### 9.5.1 Concepto

Los Fondos especiales consisten en una posible modalidad de destino de bienes a finalidades de interés general, que se hace efectiva mediante la transmisión a una fundación preexistente, la cual los adquiere con el vínculo de destino. Esta técnica evita tener que constituir una persona jurídica y permite reducir gastos de administración patrimonial y la posibilidad de beneficiarse de economías de escala en la inversión de los activos fructíferos, ya que el fondo lo gestiona la entidad que lo adquiere.

La delimitación conceptual de los fondos especiales, no aparecía reflejada en la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña con tanta claridad como aparece en el Código Civil de Cataluña,. Así, del redactado del artículo 40.1, podía interpretarse de forma errónea, que éstos engrosaban el patrimonio de la fundación. A tenor de lo dispuesto por el citado artículo en relación con los fondos especiales, las fundaciones podían convenir con otras personas, físicas o jurídicas, la aportación de bienes y derechos de su patrimonio, y constituir un fondo especial destinado al cumplimiento de determinadas finalidades, siempre que éstas coincidan con los fines fundacionales.

### 9.5.2 Naturaleza

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña introdujo como una de sus grandes novedades, la regulación de los fondos especiales que podrían constituir las fundaciones si lo consideraban pertinente y conveniente para la consecución de los fines de la institución, siempre y cuando fueran destinados al cumplimiento de determinadas finalidades fundacionales.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña incorpora una regulación más exhaustiva de los fondos especiales, así el artículo 334-1.1 alude a los fondos especiales como una actividad medial de la fundación. El artículo 334-1.2 establece la necesaria compatibilidad de las finalidades de los fondos especiales con la capacidad de la fundación de gestionar fines semejantes.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña configura los fondos especiales, como un patrimonio separado del patrimonio fundacional, vinculado a una finalidad propia, sin personalidad autónoma y cuyo titular confía a la fundación para que los gestione. Queda preservada así, la individualidad del fondo, ya que el fondo puede tener su denominación y puede dotarse de reglas específicas para la aplicación de los bienes o

de los rendimientos a las finalidades pretendidas incluso con la intervención del aportante, si así se acuerda.

### **9.5.3 Constitución de los fondos especiales**

La constitución de los fondos deberá hacerse en escritura pública bien por actos *inter vivos* o *mortis causa*, en este último caso, se deberán ejecutar y si procede completar, de acuerdo con lo dispuesto para la constitución de fundaciones por causa de muerte: *la manifestación de la voluntad fundamental debe hacerse en testamento o codicilo y requiere la designación de las personas físicas o jurídicas que deben ejecutarla.*

La Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña únicamente requería la aceptación de la fundación en el caso de que los fondos fueran constituidos por causa de muerte. El Libro tercero del Código Civil de Cataluña señala que la constitución de un fondo especial requiere siempre la aceptación de la fundación (Artículo 334-2 apartado 3 del Código Civil de Cataluña).

#### **9.5.3.1 Contenido del acta de constitución**

El contenido del acta de constitución de los fondos especiales previsto por el Libro tercero del Código Civil de Cataluña es mucho más amplio que el que contemplaba la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña.

El artículo 334-2 del Código Civil de Cataluña señala que en la escritura de constitución del fondo especial deben constar los siguientes extremos:

*1º Las circunstancias de los aportantes o de los promotores del fondo y si se trata de un fondo ordenado por causa de muerte, además las personas que han de ejecutar la voluntad del causante*

*2º La expresión de la voluntad de constituir un fondo especial*

*3º Su denominación si procede*

*4ª Las finalidades para que se constituye*

*5º La determinación de la dotación inicial y la forma como se hace la aportación*

*6ª La duración del fondo, si no es indefinida*

*7ª Las reglas para la administración de los bienes, para la aplicación de los rendimientos a las finalidades del fondo y, si procede, para la rendición de cuentas a los aportantes*

*8ª La previsión del destino de los bienes sobrantes en caso de extinción*

Se observa además, en relación al contenido del acta de constitución importantes novedades respecto de la regulación contenida en la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, como son:

- la constancia de las circunstancias de los aportantes o promotores del fondo y, si fuera un fondo ordenado por causa de muerte, las de las personas que ejecutan la voluntad del causante
- la expresión de la voluntad de constituir un fondo especial
- las reglas para la administración de los bienes, para la aplicación de los rendimientos a las finalidades del fondo, y si procede, para la rendición de cuentas de los aportantes.

Los fondos especiales son, como la fundación, una modalidad de vinculación de bienes, pero a diferencia de éstas, no crean una entidad ni puede instituirse en persona jurídica, porque no tienen previsto un organismo gestor.

**9.5.4 Deberes de la fundación titular de fondos**

A tenor del artículo 334-3 del Código Civil de Cataluña, la fundación que sea titular de fondos especiales contrae las siguientes obligaciones:

- Conservar los bienes que integran los fondos, mantener su productividad, y aplicarlos, directamente o por medio de sus rendimientos, al cumplimiento de la finalidad estipulada.
- Administrar los bienes y derechos de los fondos especiales de forma separada, respecto del resto del patrimonio fundacional y, en cualquier caso deber de identificarlos en la memoria de las cuentas anuales de la fundación titular.
- El apartado tercero del artículo según su redacción original por Ley 4/2008, de 24 de abril, instituía que son aplicables a los fondos especiales, las disposiciones relativas: a la autorización de los actos de disposición, al deber de reinversión, y a la aplicación de los ingresos al cumplimiento de las finalidades fundacionales. Pero, la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación de Libro tercero del Código civil de Cataluña ha modificado el apartado tercero del artículo 334-4 y establece que, las disposiciones relativas a la formulación de las declaraciones responsables, son aplicables también, además de las disposiciones señaladas en el artículo según redacción original por Ley 4/2008, de 24 de abril.

### **9.5.5 Modificación**

El Código Civil de Cataluña prevé la posibilidad de modificación de los fondos especiales, posibilidad que no contemplaba la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña. La modificación puede basarse en las mismas causas previstas para la modificación de los estatutos de una fundación y según el mismo procedimiento (artículo 334.5 del Código Civil de Cataluña).

Los fondos especiales constituidos entre vivos requieren para su modificación, el acuerdo de las personas que han hecho la aportación inicial y de la fundación que es titular de los mismos. Además, se requiere también, la aprobación del protectorado, que sólo podrá denegarla si la modificación es contraria a la ley.

### **9.5.6 Causas de extinción**

Los fondos especiales se extinguen por las siguientes causas:

- Finalización del plazo por el que se han constituido, salvo que sea procedente la prórroga y se acuerde.
- Cumplimiento de la finalidad para la que se han constituido o imposibilidad de alcanzarla, salvo que sea procedente su modificación y se acuerde. Cuando la extinción del fondo se produzca por el cumplimiento de la finalidad o por imposibilidad de alcanzarla se requiere un acuerdo de la fundación titular del fondo, que además debe ser aprobado por el protectorado.
- Las demás que se establezcan en el acto de constitución.

Además, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña prevé que los fondos especiales constituidos por actos entre vivos puedan extinguirse por voluntad de las personas que han efectuado la aportación inicial, salvo que se haya excluido esta facultad en el acto de constitución o se haya convenido un plazo de duración.

### **9.5.7 Destino del patrimonio restante**

La extinción de un fondo especial puede determinar, de acuerdo con lo previsto en el acto constitutivo, que el patrimonio restante se integre en el patrimonio general de la fundación que era titular del mismo o que se ceda a otra entidad

Los aportantes, en el caso de la extinción de un fondo especial entre vivos, pueden determinar el destino del patrimonio restante de acuerdo con lo establecido por las normas que regulan el procedimiento de disolución de una fundación (artículos 335-6.2, 3 y 4 Código Civil de Cataluña).

Si no puede cumplirse lo establecido en el acto constitutivo, la fundación titular del fondo debe acordar el destino del patrimonio restante.

#### **9.5.8 Publicidad**

La constitución, modificación, y extinción de los fondos especiales deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones

## 10. MODIFICACIÓN, FUSIÓN, EXTINCIÓN y LIQUIDACIÓN DE LA FUNDACIÓN

### 10.1 Consideraciones Generales

Las modificaciones estructurales de las fundaciones se regulan conjuntamente en el Capítulo V del Libro tercero del Código Civil de Cataluña e incluyen la modificación de los estatutos, la fusión, escisión, y la disolución. Se podría decir que el objetivo de la Ley en relación a esta cuestión consiste, en respetar, en la medida de lo posible, tanto la voluntad manifestada por el fundador en el negocio fundacional al que se incorporan los estatutos como una parte más de la escritura, así como por otra, como la autonomía de la fundación representada por su patronato. No obstante, siempre y en todo caso, se deberá poner especial cuidado en no contrariar el interés general.

El régimen de modificación estatutaria, fusión, escisión y disolución de las fundaciones no se aparta significativamente del vigente antes de la entrada en vigor del Libro tercero del Código Civil de Cataluña.

Como regla general, todas estas modificaciones requerirán la aprobación del Protectorado.

### 10.2 La modificación de los estatutos

A tenor de lo dispuesto por el artículo 335-2 del Código civil de Cataluña, la modificación de los estatutos, debe ser acordada por el patronato y, requiere la aprobación del Protectorado que solo puede denegarla mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

- Si es contraria a la ley
- Si contraviene una prohibición expresada por los fundadores
- Si se aparta de la voluntad de los fundadores en lo que se refiere a la denominación, las finalidades, la aplicación de los recursos, el destino de los bienes sobrantes o la composición del patronato

No obstante, el Código Civil de Cataluña continúa atribuyendo al patronato facultades para iniciar el procedimiento de modificación estatutaria si sobrevienen circunstancias que impiden razonablemente cumplir las finalidades fundacionales o el paso del tiempo ha ocasionado que estas finalidades hayan devenido ilícitas u obsoletas. Si no lo hace, el protectorado, a instancias de quien tenga un interés legítimo o de oficio, puede acordar la modificación o adoptar las medidas pertinentes.

### 10.3. Fusión

#### 10.3.1. Consideraciones Generales

De la nueva regulación sorprende especialmente en relación a la fusión, la supresión de la garantía judicial y de los supuestos previstos en la anterior regulación (artículo 43.3 Ley de Fundaciones 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña), sorprende también la atribución de la facultad concedida al Protectorado para requerir directamente la fusión (artículo 335-2.3 Código Civil de Cataluña), supuesto que parece más propiamente una absorción. Según lo dispuesto, parece que podría imponerla. El incumplimiento del requerimiento en el texto legal vigente queda sin solución. Para estos casos podría plantearse la aplicabilidad de las funciones de suplencia del Protectorado (artículo 336-2.2.f Código Civil de Cataluña), en caso de falta de actuación de los patronos, o bien la impugnación de un hipotético acuerdo expreso contrario a la fusión por parte del patronato de la fundación requerida a fusionarse con otra que siempre deberá prestar su consentimiento, por el mismo protectorado como acto contrario al interés de la fundación (artículo 336-2.2.g).

La posibilidad de fusión entre fundaciones constituye una de las vías, que permite llevar a cabo la voluntad del fundador y proseguir en la consecución del interés general evitando su extinción. La fusión entre fundaciones parece ser uno de los puntos en los que la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña avanzó con mayor diligencia, y que aparecía regulado con mayor claridad y extensión con respecto a su precedente, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas. En efecto, el número de fusiones anteriormente a dicha regulación era muy escaso, y además era posible encontrar fundaciones en las que su falta de medios económicos y de todo tipo, impedía no sólo alcanzar sus fines, sino incluso realizar cualquier tipo de actividad.

La fusión pretende que una fundación inútil se convierta en útil o, que varias útiles se conviertan en una más útil todavía. Nunca puede ser razón suficiente que, en caso de extinción, el remanente patrimonial se atribuya a entidades no lucrativas.

Resulta de una claridad meridiana que la extinción de la fundación por incapacidad para cumplir el fin fundacional constituye el mayor fracaso de la institución. Por consiguiente, la fusión pretende evitar que ocurra y mantiene el espíritu de la fundación o fundaciones extinguidas en la resultante o en la absorbente, según los casos.



Respecto al sometimiento de la posibilidad de fusión de la fundación a la circunstancia de que no haya sido prohibida por el fundador, resultaría curioso personaje, el fundador que, con conocimiento de causa, prefiera mantener una fundación inoperante o virtual, incapaz de alcanzar sus fines o, extinguirla, antes que permitirle agrupar sus esfuerzos con otra -que normalmente tendrá los mismos o análogos fines- para conseguir ser útil a la sociedad. Desde luego, éste sería uno de los planteamientos que alejan a las fundaciones de la sociedad civil en la que se integran y a la que pretenden servir.

Por supuesto, es preferible que el fundador no prohíba la fusión pero, si lo hace, parece preciso buscar alternativas con garantías para la fundación (la intervención judicial viene exigida además por el artículo 22,4 de la Constitución, al que se remite el artículo 34,2) que redunden en beneficio de la propia institución fundacional, circunstancia que la ley olvida en su redacción definitiva.

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones parece seguir los mismos criterios, y más aun, por la misma razón, el proyecto aprobado por el Gobierno y enviado a las Cortes Generales avanzaba un paso más a favor de promocionar la fusión de fundaciones, permitiendo que esta tuviera lugar incluso contra la prohibición del fundador, cuando la fundación hubiera devenido incapaz de alcanzar sus fines.

Sin embargo, en su tramitación parlamentaria el precepto sufrió diversas modificaciones que le hicieron retroceder en sus ambiciosos procedimientos incluso con respecto a su precedente, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación privada en Actividades de Interés General. Se trató precisamente de enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular – curiosamente, el partido que sostenía el Gobierno- justificadas siempre en la máxima que debe primar la voluntad del fundador de prohibir la fusión. La iniciativa adoptada finalmente en la Ley refleja una postura, en este caso, una postura favorable a primar el interés general por encima de la voluntad del fundador.

### **10.3.2. Fusión de la fundación por razones de conveniencia**

El apartado primero del artículo 335-2 del Código Civil de Cataluña hace referencia a la posibilidad de fusión entre fundaciones, siempre que resulte conveniente en interés de la fundación, con el objeto de conseguir cumplir los fines fundacionales y no incurrir en una posible causa de extinción de la fundación, conforme a lo dispuesto por el artículo 335-4 b) del Código Civil de Cataluña, esto es, la imposibilidad de alcanzar el

cumplimiento íntegro de la finalidad. En estos casos, el patronato podrá acordar la fusión, salvo que el fundador o fundadores lo hubieran prohibido.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña no contempla las dos posibilidades de fusión que pueden plantearse, como hacia el apartado primero del artículo 43 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, y que son perfectamente trasladables a la normativa actual.

- Como resultado de la fusión de una o varias fundaciones con otra ya existente, en cuyo caso, no se creará una nueva fundación y por tanto tampoco nace al mundo del Derecho una nueva persona jurídica.
- Como resultado de la fusión de varias fundaciones constituyendo una nueva.

En ambos casos, el patrimonio de las fundaciones que se extingan, no se liquida, sino que cambia de titular, pasando íntegramente o bien a la fundación absorbente en el primer caso, o bien a la fundación de nueva creación, en el segundo.

La razón no es otra que el hecho de que la fusión de fundaciones no requiere declaración independiente de extinción de fundaciones fusionadas, lo que supone que no existe liquidación de la fundación absorbida en el supuesto de que sólo una de las fundaciones *desaparezca* o que las preexistentes se fusionen en una nueva, por lo que los posibles acreedores de la fundación o fundaciones fusionadas deberán actuar para salvaguardar sus derechos. No obstante, los acreedores podrán oponerse a la fusión hasta que se les pague o garantice el pago de sus créditos tanto por analogía con el artículo 243 de la Ley de Sociedades Anónimas así como por aplicación directa del artículo 1082 del código Civil.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña contempla dos supuestos de fusión:

- Por medio de acuerdo motivado del patronato de todas las fundaciones interesadas en la fusión y además con la aprobación del protectorado.
- Por resolución judicial instada por el protectorado, únicamente en el caso en que las fundaciones afectadas no puedan cumplir sus finalidades o que se hallen en graves dificultades para hacerlo por sí mismas, siempre que el fundador no lo hubiese prohibido<sup>254</sup>.

---

<sup>254</sup>El Anteproyecto de la ley estatal 50/2002 permitía la fusión de las fundaciones, aun en el caso de que mediare la prohibición del fundador, siendo precisa autorización judicial y que la fundación hubiere devenido incapaz de alcanzar los fines fundacionales. La ley, recogiendo los posicionamientos expresados por la Confederación Española de Fundaciones y el Consejo Económico Social, cambia el criterio y respeta la voluntad del fundador.

La ley catalana, por tanto, es ante todo, en este punto, respetuosa con la voluntad del fundador aunque para que la fusión conveniente resulte inviable es precisa la prohibición formal realizada por el fundador en la propia escritura fundacional, ya sea en los propios estatutos o en alguna otra mención.

El fundador puede bien prohibir la fusión o bien establecer unos requisitos específicos para la misma (mayorías reforzadas o unanimidad del patronato), o puede, también, fijar limitaciones concretas e incluso reservarse la facultad de decidir o autorizar la fusión él mismo (lo que suele ocurrir en el supuesto de fundaciones creadas por personas jurídicas)<sup>255</sup>.

El supuesto anteriormente analizado parece plantear una cuestión primordial: ¿Cuándo resulta la fusión conveniente? La primera respuesta que se puede ofrecer ante tal cuestión, a la vista de la regulación legal, es que será conveniente cuando así lo estime el patronato, no esté prohibida por el fundador y responda al objetivo de cumplir mejor los fines fundacionales.

### **10.3.3. Procedimiento para el acuerdo de fusión**

La regla general consiste en que las fundaciones podrán fusionarse voluntariamente, siempre y cuando no lo haya prohibido el fundador. No nos hallamos ante supuestos extremos en que la fundación sea incapaz de alcanzar el fin fundacional, sino que se trata de fundaciones que actúan o pueden actuar más o menos normalmente pero que prefieren aunar sus esfuerzos y, consecuentemente, los medios económicos, a la vez que ahorran gastos.

No se exige formalmente en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, ni tampoco en la nueva Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones como se demandaba en la Ley 30/1994, de 24 de Noviembre de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General que la fusión resulte conveniente para el interés de la fundación, aunque sí parece consecuente entender que éste es un requisito no escrito pero ineludible. En el caso en que la fusión fuera perjudicial para la fundación, el protectorado podrá oponerse o, ejercer la acción de responsabilidad contra los patronos.

Dado que el acuerdo debe ser adoptado por los respectivos patronatos y comunicado al protectorado, puede darse el caso en que deba comunicarse a diferentes protectorados, ya que cada una de las fundaciones que pretende fusionarse puede

---

<sup>255</sup> Sobre tales limitaciones puede consultarse el artículo de DE PRADA, José María "Los Estatutos y su modificación", en *Derecho privado y Constitución*, nº 8, 1996. Págs. 45-117.

estar sujeta a protectorados diferentes de la misma o distintas Administraciones<sup>256</sup>. El Libro tercero del Código Civil de Cataluña dispone que en el caso de una fusión de fundaciones sometidas a diferente regulación, deba aplicarse la normativa catalana si el domicilio de la fundación resultante se establece en Cataluña. Se trata, por lo tanto, de un derecho sujeto al deber de comunicación al protectorado pero no a un régimen de autorización previa. No obstante, la ley señala que la fusión requiere la aprobación del protectorado.

A partir de la comunicación, el protectorado puede ejecutar diferentes actuaciones:

- Puede oponerse exclusivamente por razones de legalidad, es decir, la fusión no podrá apoyarse en razones de oportunidad. En todo caso, el acuerdo del protectorado deberá ser motivado y será susceptible de recurso administrativo o contencioso-administrativo.
- Puede no hacer nada, con lo que operará su silencio como positivo por el transcurso del plazo de tres meses a contar desde la notificación al protectorado de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas, consolidándose la situación y sin que pueda ejercer esa especie de veto legalmente previsto.
- Puede comunicar expresamente, antes del vencimiento del plazo máximo de que dispone para decidir, su no oposición al acuerdo de fusión.

#### **10.3.4. Fusión necesaria de la fundación**

El apartado tercero del artículo 335-2 del Código Civil de Cataluña se refiere a la fusión de fundaciones que se encuentren incursas de hecho en la causa de extinción recogida en el artículo 335-4 b); es decir, cuando la fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines.

En el supuesto planteado, el Libro tercero del Código civil de Cataluña, introduce importantes novedades respecto a la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de

---

<sup>256</sup>Esto es muy importante, en especial cuando pretenden fusionarse fundaciones sujetas al Protectorado de diferentes Administraciones. Aun cuando parezca carente de toda lógica, resulta usual que un Protectorado pretenda oponerse a la fusión porque no quiere “perder” una fundación y teme que la nueva realice sus actividades en otro ámbito territorial. Esto será más frecuente en los Protectorados autonómicos, dado que dichas Administraciones sirven intereses generales “más particulares” que el Estado. No obstante debe primar siempre el interés general que después se concreta en los beneficiarios y el de la fundación en que se mejore la actuación.

Fundaciones, de Cataluña y se adapta al procedimiento contemplado por la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

El procedimiento que contemplaba la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, se fundamentaba en atribuir al Protectorado, la facultad de instar a la autoridad judicial del domicilio de cualquiera de las fundaciones afectadas a resolver la fusión. El Libro tercero del Código Civil de Cataluña atribuye mayores potestades al protectorado en estos casos, otorgándole la facultad de requerir a la fundación afectada para que se fusione con otras de análogos fines, correspondiendo además, al protectorado, interpretar si los fines de ambas fundaciones son o no son análogos lo que, no obstante, podrá ser discutido por la fundación afectada.

El procedimiento que el artículo 335-2 apartado tercero del Código Civil de Cataluña introduce consiste en que cuando el Protectorado constate la imposibilidad de que las fundaciones cumplan, por sí mismas, los fines que les son propios, les requerirá para que se fusionen con otra de análogos fines que haya manifestado ante el protectorado su voluntad favorable a dicha fusión, siempre y cuando el fundador no lo hubiese prohibido. Si el patronato acepta el requerimiento, procederá en la forma determinada para la fusión voluntaria. Por el contrario, si el patronato se opone al requerimiento efectuado por el protectorado, éste podrá solicitar a la autoridad judicial que ordene la referida fusión de fundaciones. A la sazón, será la autoridad judicial a quien corresponderá resolver la fusión. En este supuesto, el tribunal competente será el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación.

En estos casos, el protectorado puede actuar de oficio, o bien a instancia de algún interesado, como el Código señala *quien tenga un interés legítimo*, entre los que podemos considerar especialmente a los patronos, a los beneficiarios – al menos potenciales- y, particularmente, a la fundación de fines análogos que haya manifestado al protectorado su voluntad favorable a la fusión. Además, corresponderá al propio protectorado, interpretar si los fines de ambas fundaciones son o no análogos, lo que podrá en su caso ser discutido por la fundación afectada.

El requerimiento del protectorado es susceptible de recurso contencioso-administrativo, previo recurso administrativo (que tiene carácter potestativo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 107, 116 y 117 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común).

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña establece los requisitos que deberán cumplir las fundaciones para poder fusionarse:

- Que no lo haya prohibido el fundador
- Que sus finalidades sean análogas
- Que no se oponga el patronato de la fundación con la que se pretende fusionar la que se encuentra en graves dificultades.

Algún autor señala también, entre los requisitos que deberá cumplir la fundación absorbente, que el fundador no hubiese excluido la posibilidad de fusión, que ésta no perjudique a su buen funcionamiento y, que tenga finalidades análogas respecto a la que pretende la fusión<sup>257</sup>.

#### **10.3.5. Formalización de la fusión**

El artículo 335-2.2 del Código Civil de Cataluña, establece la necesidad de formalizar el acuerdo de la fusión de fundaciones en escritura pública y, que éste sea motivado. Tanto en el caso de que exista un acuerdo de fusión como en el caso de fusión por resolución judicial, la fusión requiere su inscripción en el Registro de Fundaciones correspondiente. La escritura deberá ser otorgada por los representantes de las diferentes fundaciones fusionadas, que normalmente serán los presidentes de sus patronatos.

El contenido mínimo obligatorio que el artículo 314-1.2 del Código Civil de Cataluña establece que deberá contener la escritura es el siguiente:

- La denominación y el domicilio de las entidades participantes en la operación y, si procede, de la persona jurídica que deba constituirse
- El texto íntegro de los estatutos de la persona jurídica resultante de la fusión o las modificaciones que deban introducirse en la entidad absorbente
- La fecha a partir de la cual debe considerarse que las operaciones de las personas jurídicas que se extingan por razón de la fusión están hechas, a efectos contables, por la persona jurídica a la que transmiten el patrimonio

De forma semejante, la Ley de competencia estatal, 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en el apartado tercero del artículo 30, establece que dicha escritura deberá contener:

---

<sup>257</sup> Siguiendo a CAFFARENA LAPORTA, Jorge; "Modificación y extinción de las fundaciones", en *Cuadernos de Actuación Social*, Núm. 4, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

- Los estatutos de la fundación resultante de la fusión<sup>258</sup>
- La identificación de los miembros del primer patronato
- La designación de miembros del primer patronato de la nueva fundación, mención típica de la escritura de constitución que también recoge el artículo 10 e) de la Ley 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones.

No obstante, y a pesar de que la ley de competencia estatal no lo prevé expresamente, existe otro extremo que debe constar en la escritura, la mención de que la dotación será equivalente al menos a la suma de las dotaciones de las fundaciones fusionadas.

Es preciso tener especialmente en cuenta que, cuando se produce una fusión, las fundaciones afectadas no entran en un procedimiento de liquidación sino que sus patrimonios se unen y se confunden convirtiéndose en el patrimonio de la fundación resultante, dentro de ese patrimonio se distinguirá:

- La dotación, que será la suma de dotaciones
- El patrimonio, que son los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales pero sin carácter de dotación
- Las reservas
- Los restos del patrimonio.

Cada una de estas partes del patrimonio de la nueva fundación resultará de la suma de las equivalentes de las fundaciones fusionadas.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña establece que el proyecto de fusión debe ir acompañado del balance de fusión, de un informe elaborado por el órgano de gobierno de la entidad que debe acordarla, en el que se justifiquen los aspectos jurídicos y económicos de la fusión, y de los demás documentos que para cada caso establezca la ley. Puede considerarse balance de fusión, el último balance anual aprobado, si se ha cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha en que se ha previsto adoptar el acuerdo de fusión. Si no fuera posible, debe elaborarse un acuerdo específico de fusión, cerrado dentro de los tres primeros meses anteriores al día de aprobación del proyecto de fusión. En ambos casos, si se han producido modificaciones importantes del valor real del patrimonio después de la fecha de cierre

---

<sup>258</sup> Al respecto de las menciones que deben contener como mínimo los estatutos hay que remitirse al artículo 11 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

del balance de fusión, el órgano de gobierno ha de informar de ello al órgano que debe adoptar o aprobar el acuerdo de fusión (artículo 314-1.3 del Código Civil de Cataluña)

Además, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña introduce otra importante novedad en lo que respecta a la formalización del acuerdo de fusión y, a estos efectos dispone que una vez aprobado, debe publicarse en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña y en dos periódicos de máxima difusión en la provincia o comarca donde las personas jurídicas que se fusionan tengan su domicilio. Además debe expresar el derecho de los acreedores de estas personas jurídicas a obtener el texto íntegro del acuerdo y a oponerse (artículo 314-1.5 del Código Civil de Cataluña).

La fusión no puede ejecutarse antes de un mes, a contar desde la publicación del acuerdo. Durante este plazo, los acreedores de las entidades que pretenden fusionarse pueden oponerse al acuerdo si los créditos han nacido antes de la publicación del acuerdo y no están suficientemente garantizados, en todo caso, la oposición deberá formularse por escrito. En todo caso de oposición, la fusión no podrá surtir efecto, bien hasta la total satisfacción de los créditos, o bien hasta que se aporten las garantías suficientes (artículo 314-1.6 del Código Civil de Cataluña).

## 10.4. Escisión

### 10.4.1 Consideraciones Generales

A tenor de lo establecido en el artículo 314-2 del Código Civil de Cataluña, una persona jurídica puede escindirse por medio de la división de su patrimonio en dos o más partes, con las siguientes modalidades:

- Como escisión total, con el traspaso en bloque de cada una de las partes a otras personas jurídicas beneficiarias, ya sean preexistentes o de nueva constitución, y con la extinción de la persona jurídica escindida.
- Como escisión parcial, con el traspaso en bloque de alguna o varias de estas partes a una o más personas jurídicas beneficiarias y con el mantenimiento de la persona jurídica escindida que conserva la parte del patrimonio que no ha traspasado a la persona o personas jurídicas beneficiarias.

### 10.4.2 Posibilidad de escisión de una fundación por razones de conveniencia

El artículo 314-2 del Código Civil de Cataluña regula la posibilidad de escindir una fundación de modo similar a la fusión, y a tal efecto dispone que podrá efectuarse de una o de varias partes de su patrimonio, pasando entonces a una o a varias fundaciones si bien, en todo caso, aquella a la que se incorpora deberá ser una fundación de nueva creación.



Del mismo modo que en el caso de la fusión, la escisión de una o varias partes del patrimonio de una fundación y su incorporación a otra únicamente será posible, según dispone la ley, en el caso de que el fundador no lo hubiera prohibido y, en todo caso, la escisión deberá fundamentarse en su conveniencia para poder cumplir mejor sus finalidades (Artículo 335-3.1 del Código Civil de Cataluña).

#### **10.4.3 Procedimiento para acordar la escisión**

Según lo dispuesto por el artículo 335-3.2 del Código civil de Cataluña, el acuerdo de escisión debe ser motivado, adoptado por el patronato y requiere la aprobación del protectorado.

El proyecto de escisión debe contener al menos (Artículo 314-2.2 del Código civil de Cataluña):

- La denominación y el domicilio de las entidades participantes en la operación y, si procede, de la persona o personas jurídicas que deban constituirse.
- El texto íntegro de los estatutos de la persona o personas jurídicas que deban constituirse a raíz de la escisión o de las modificaciones que deban introducirse en los estatutos de las entidades que participan en la operación.
- La designación de los elementos del activo y del pasivo que deben transmitirse a la persona o personas jurídicas beneficiarias de la escisión.

El proyecto de escisión debe ser adoptado por el órgano soberano de la entidad que la lleva a cabo y, si procede, de la entidad absorbente, y debe ajustarse al balance de escisión.

El proyecto de escisión debe ir acompañado de un balance de escisión, se trata de un informe elaborado por el órgano de gobierno de la entidad que deba acordarla en el que se deben justificar los aspectos jurídicos y económicos de la escisión y de los demás documentos que, para cada caso, establezca la ley. Se aplica a este balance lo establecido para el balance de fusión.

#### **10.4.4 Formalización de la escisión**

La escisión, de igual manera que la fusión, debe formalizarse en escritura pública y debe publicarse en el Registro de Fundaciones. Los acreedores de las entidades que participen en la operación pueden oponerse al mismo según la forma prevista en el caso de la fusión.

En el caso de operaciones de escisión total o parcial del patrimonio de fundaciones que en la fecha de cierre del ejercicio económico puedan ejecutar el régimen

simplificado de contabilidad, no será exigible la elaboración de un proyecto de escisión, ni un balance de escisión, ni un informe del órgano de gobierno de la entidad que debe acordarla. No obstante, el acuerdo de escisión deberá ser motivado, adoptado por el patronato, aprobado por el protectorado y, finalmente, deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones.

## 10.5. Extinción de la Fundación

### 10.5.1. Consideraciones Generales

De la misma forma en que lo hacía, el artículo 45 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña; el artículo 335-4 del Código Civil de Cataluña se dedica a enumerar y determinar cuáles son las diferentes causas de disolución de las fundaciones, pero, mientras que la Ley anterior en el mismo artículo analizaba el procedimiento y los requisitos formales exigibles, el Código Civil de Cataluña dedica otro artículo diferente para regular los requisitos de procedimiento que deberán seguirse para acordar la extinción en función de su causa.

La extinción de la fundación se completa con el artículo 335-6 del Código civil de Cataluña que lleva por rúbrica *“Destino del patrimonio restante”* y regula la cesión de todos los activos y pasivos que constituyen el patrimonio de la fundación, una vez se haya producido su extinción, o en su caso, la liquidación de los activos y pasivos, si no es posible la cesión.

Antes de entrar en el comentario del precepto propiamente dicho, conviene recordar que el artículo 34,2 de la Constitución contiene una remisión expresa a los apartados 2 y 4 del artículo 22 (relativo al derecho fundamental de asociación). Concretamente el citado artículo en su apartado 4 dispone que:

*“las asociaciones podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada”*

Esto significa que la Administración, como protectorado, en el caso de las fundaciones, carece de capacidad o potestad para disolver una fundación o una asociación, debiendo solicitar para ello la intervención judicial.

### 10.5.2 Causas de extinción

La doctrina viene unánimemente distinguiendo entre causas de extinción voluntarias y legales.

Las causas de extinción voluntarias son las recogidas en las letras: a) finalización del plazo establecido por los estatutos, salvo que, antes de la finalización, se haya acordado su prórroga y e) cualquier otra prevista por la ley o en los estatutos.

Las causas establecidas por la ley son, las referidas en las letras: b) el cumplimiento íntegro de las finalidades para las que se hubiera constituido o la imposibilidad de cumplir las finalidades fundacionales, cuando no sea posible la modificación de los estatutos y el patronato la acuerde, c) licitud civil o penal de sus actividades o finalidades, declarada por sentencia firme, f) Apertura de la fase de liquidación en el concurso.

#### **10.5.2.1 Causas Voluntarias**

##### *“La finalización del plazo establecido por los Estatutos”*

Que el Código Civil de Cataluña contemple esta causa de extinción reivindica el reconocimiento a la posible existencia de fundaciones de carácter temporal. No es esencial que la fundación se constituya con carácter indefinido ni por supuesto permanente, aún cuando esto sea lo más usual

En otro sentido, el precepto se refiere al *plazo por el que fue constituida*. Esto supone que para que opere tal causa de extinción, el plazo ha de estar fijado; es decir, el lapso temporal debe especificarse con toda claridad para que pueda operar indefectiblemente.

El cumplimiento del plazo establecido produce por ende, la extinción de pleno derecho de la fundación y efectivamente, no precisa ningún acuerdo del patronato ni ninguna declaración (artículo 335-5.1 Código Civil de Cataluña).

##### *“Las causas establecidas por la ley o los estatutos”*

En todo caso, las causas a las que se refiere este apartado deben haber sido establecidas en la escritura de constitución. Tanto en los estatutos fundacionales como en el acto de constitución de la fundación puede preverse alguna causa de extinción de la fundación, siempre, obviamente, que sea lícita.

Como destacan algunos autores,<sup>259</sup> la causa de este tipo más frecuente en la práctica, es el cumplimiento de la condición resolutoria establecida por el fundador.<sup>260</sup> Ahora

---

<sup>259</sup>CAFFARENA LAPORTA, Jorge; “Comentario a los artículos 6 a 9, 11 y 27 a 31” en AAVV, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. op.cit. Pág. 261.  
REAL PÉREZ, Alicia; “Modificación, fusión y extinción de las fundaciones”, en *Las fundaciones (desarrollo reglamentario de la Ley)* Editorial Dykinson. Madrid 1997. Págs. 138 y ss.

bien, la condición resolutoria en el negocio jurídico fundacional despliega unos efectos distintos de los que suele producir en otros casos.

En cuanto a la posible estipulación en los estatutos de condiciones resolutorias que concurran a la extinción de la fundación no existe en la doctrina un criterio unánime sino que existen posiciones contrapuestas. Mientras que un sector de la doctrina<sup>261</sup> se inclina por la afirmativa, otros excluyen totalmente esta posibilidad.<sup>262</sup> No obstante, existe también un sector de la doctrina que se posiciona en una postura intermedia, en la que no caben las condiciones subjetivas que dependen de la voluntad del fundador, los patronos o terceros; aunque nada impide que dependa de hechos objetivos tales como, la existencia de otras fundaciones con el mismo fin o que éste se asuma por el Estado u otras entidades públicas<sup>263</sup>.

En todo caso, es preciso resaltar que las fundaciones deben tender a *sobrevivir* para así realizar sus actividades beneficiosas para el interés general. Por dicha razón, no es conveniente que los fundadores abusen del establecimiento de causas específicas de extinción. Debe tenerse en cuenta que dicha actitud suele ir en perjuicio de la capacidad de actuación de los patronatos, que son los que normalmente verán recortadas sus posibilidades de reacción frente a los muy diversos problemas que van surgiendo a lo largo de la vida de una fundación.

Además, con esta causa de extinción, se deja abierta la posibilidad de que una ley posterior establezca nuevas causas de extinción.

Por último, conviene señalar que, cuando concurra alguna causa de este tipo, la extinción de la fundación requerirá el acuerdo del patronato ratificado por el protectorado (artículo 335-5.2 c Código Civil de Cataluña).

#### **10.5.2.2 Causas Legales**

*“El Cumplimiento íntegro de la finalidad fundacional o imposibilidad de alcanzarla, salvo que sea procedente modificarla y el patronato lo acuerde”*

---

<sup>260</sup> El Tribunal Supremo admite la posibilidad de que el fundador prevea una condición resolutoria (Sentencias de 29 de mayo de 1893 y 23 de junio de 1964).

<sup>261</sup> DURAN RIVACOBÁ, Ramón (1996); *El negocio jurídico fundacional*. Editorial Aranzadi. Pamplona 1996. Pág. 117.

<sup>262</sup> CARRANCHO HERRERO, María Teresa; “La extinción de fundaciones”, en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, número 8. Enero-Abril 1996. Págs. 15 y ss.

<sup>263</sup> VATTIER FUENZALIDA, Carlos; “Observaciones sobre la constitución, modificación y la extinción de fundaciones”. La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Núm. 3. 1998.

Si el fin de la fundación se ha realizado íntegramente, la fundación pierde uno de sus elementos esenciales, de tal modo que su actividad no estará orientada a nada y habrá perdido su razón para existir.

Esta causa de extinción se dará con mayor facilidad si el fin o los fines aparecen fijados de forma concreta. En caso de tratarse de fines más generales o genéricos será más complicado justificar su consecución íntegra. Por todo ello, es bueno dejar abierta la relación o especificación de fines, de tal forma que una fundación que funcione correctamente puede mantener su actividad útil para la sociedad.

No obstante, sería posible rehusar esta causa de extinción mediante una modificación estatutaria que alcance a los fines fundacionales, ampliando los establecidos originariamente o señalando otros complementarios o unos nuevos. La posibilidad de efectuar esta modificación aparece contemplada con carácter expreso, pero sólo podrá realizarse cuando no haya sido prohibido taxativamente por el fundador, supuesto en que se produciría la extinción de la fundación.

Con respecto a la imposibilidad de cumplir las finalidades fundacionales, cuando no sea posible la modificación de los estatutos, en opinión de destacados autores, la imposibilidad puede ser material o jurídica, es decir, afectada por razones fácticas o físicas o, en su caso, por razones de tipo normativo o más estrictamente jurídico<sup>264</sup>.

Asimismo, las circunstancias que presidieron la creación de una fundación pueden cambiar con el paso del tiempo de una manera muy significativa, de tal forma que hagan inviable la consecución del fin o fines fundacionales. No obstante, la misma ley propone ante estos casos, soluciones alternativas para evitar la extinción de la persona jurídica, y así se refiere a la modificación de los estatutos, sin aludir, como hacía la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, a una modificación estructural como sería la fusión de fundaciones. De esta omisión es posible deducir que el Código considera que, si bien es cierto que la fusión evita la extinción, también es cierto que provoca la consiguiente absorción de la fundación o su integración resultante del proceso de fusión con una fundación o más de una, por lo que, de manera muy acertada, elimina esta causa. En cualquier caso, no podemos olvidar que la fusión garantiza en cierta manera la pervivencia de la antigua en la nueva fundación resultante.

---

<sup>264</sup>CAFFARENA, Jorge; Ibidem Págs. 263-264.

Indudablemente, una modificación estatutaria que afecte a los propios fines o a los medios jurídicos para conseguirlos –si éstos se encuentran estatutariamente limitados– puede permitir mantener activa a la fundación.

Por último, esta causa de extinción de la fundación, requiere acuerdo del patronato ratificado por el protectorado (artículo 335-3.2 Código Civil de Cataluña).

*“Ilícitud civil o penal de sus actividades o finalidades, declarada por sentencia firme “*

De igual forma que la causa anterior afectaba al fin de la fundación que ya no existe, o bien que es ahora contrario a Derecho, o bien a los medios para alcanzar tal fin porque no resultan idóneos para ello, porque hayan desaparecido o se reduzcan de forma sustancial, las modificaciones del ordenamiento jurídico pueden producir en ocasiones que algo que era lícito se convierta en ilícito y viceversa, o que algo que podía considerarse anteriormente de interés general se convierta en un fin de interés particular, no amparado por el artículo 34 de la Constitución.

No obstante, esta previsión no tiene excesivo sentido desde el momento, que dentro del supuesto de la imposibilidad de realización del fin fundacional, se puede contemplar tanto la imposibilidad material como la imposibilidad jurídica, con lo que si una futura ley estableciese algún supuesto que determinase que una fundación no puede seguir desarrollando su labor, estaríamos ante una causa de imposibilidad jurídica, a la que ya hemos hecho referencia anteriormente.

Para analizar esta causa de disolución, es necesario tomar como punto de partida la Constitución, que declara aplicable a las fundaciones el precepto por el que las asociaciones sólo podrán ser disueltas en virtud de resolución judicial motivada. Podría entenderse que, en virtud de este artículo, la disolución de las fundaciones únicamente podrá llevarse a cabo acudiendo a la autoridad judicial, quedando así excluidos los supuestos de extinción por voluntad del fundador, del patronato, etc. Sin embargo, no es éste el espíritu del legislador: el mandato constitucional no tendría justificación si fuera interpretado de una manera tan estricta.

La doctrina ha interpretado tradicionalmente los apartados segundo y cuarto del artículo 22 de la Constitución Española, de manera que la disolución por resolución judicial tan sólo sea necesaria cuando deba operar por ilegalidad de la institución contra la voluntad de los socios, en el caso de las asociaciones, o del fundador y los patronos, en el caso de las fundaciones. De este modo, la disolución o suspensión de actividades se refiere a los supuestos en los que los fines o medios de la fundación

fuera delictivos o ilegales. La resolución judicial será, únicamente necesaria, cuando la suspensión o disolución de la fundación tenga carácter impuesto o sancionador.

En méritos de la reforma introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en su artículo 31 bis, establece que en los supuestos previstos por este Código, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas y, en su provecho, por los representantes legales o por los administradores de derecho o de hecho; o bien, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas, hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las circunstancias concretas del hecho.

El citado precepto no puede entenderse como una responsabilidad penal objetiva, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que lo que se persigue con el mismo es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por los miembros de la misma, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica<sup>265</sup>.

Las penas aplicables a las personas jurídicas son multa por cuotas o proporcional, cuyo pago podrá fraccionarse durante un período de cinco años para no poner en peligro su supervivencia o el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando lo aconseje el interés general; disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades o clausura de sus locales y establecimientos por un plazo máximo de cinco años; prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; la inhabilitación para obtener ayudas y subvenciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos

---

<sup>265</sup> Los supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas previstos por el Código Penal son los siguientes; Delito de trata de seres humanos del artículo 177 bis del Código Penal. - Delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197. - Delito de estafa del artículo 248 y siguientes. - Delito de insolvencias punibles del artículo 257 y siguientes. - Delito de daños informáticos del artículo 264. - Delito de corrupción entre particulares artículo 286 bis. - Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, del artículo 270 y siguientes. - Delitos de receptación y de blanqueo de capitales del artículo 298 y siguientes. - Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social del artículo 305 y siguientes (modificados por Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre). - Delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 311 y siguientes. - Delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo del artículo 319. - Delito contra los recursos naturales y el medio ambiente, de los artículos 325 y 326. - Delito de riesgo catastrófico por vertido o emisión de materiales o radiaciones ionizantes, poniendo en peligro la vida, integridad, salud o bienes de las personas, del artículo 343. - Delito de cultivo, elaboración o tráfico de drogas del artículo 368. - Delito de cohecho del artículo 419 y siguientes. - Delito de favorecimiento del terrorismo mediante la recolección de fondos, del artículo 576 bis.

fiscales o de la Seguridad Social; la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas; e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Es preciso señalar que salvo supuestos muy concretos (entre ellos, el artículo 129 anterior a la reforma por ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio), en nuestro Derecho Penal no se preveían sanciones penales para las personas jurídicas. Sin embargo la tendencia era de cambio en un futuro muy próximo, como así se produjo, habida cuenta que las decisiones-marco aprobadas o en trance de discusión en el marco del tercer pilar de la Unión Europea, que venía exigiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **10.5.3 Procedimiento**

En los supuestos en que se hubiera realizado íntegramente el fin fundacional, fuera imposible su realización o, concurriese cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo, así como en caso de fusión o extinción dictada en resolución judicial firme, la extinción de la fundación requerirá siempre el acuerdo del patronato ratificado por el protectorado. Se trata por lo tanto de causas de extinción que no operan automáticamente. El acuerdo del protectorado consistirá en una mera ratificación del acuerdo de extinción adoptado por el patronato.

En caso de que se produzca una causa de disolución y no exista acuerdo del patronato de la fundación afectada, el protectorado puede requerir al patronato, a instancias de quien tenga un interés legítimo o de oficio para que adopte el acuerdo correspondiente. Si el requerimiento no es atendido, el protectorado podrá instar la disolución ante la autoridad judicial.

El patronato deberá remitir al Protectorado al objeto de la ratificación pertinente<sup>266</sup>, la siguiente documentación: la certificación del acuerdo de extinción adoptado por el patronato y una memoria Justificativa de la concurrencia de la causa de extinción específica de las previstas en el primer apartado de este artículo. En el supuesto de que la causa de extinción consista en la imposibilidad de realizar el fin fundacional, deberá justificar además la improcedencia o la imposibilidad de modificar los estatutos o fusionarse con otra fundación; el balance de la entidad a la fecha en que se adoptó el acuerdo de extinción; y la propuesta de designación de liquidadores, el proyecto de

---

<sup>266</sup> Ahora bien, tal como se ha manifestado el Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de 21-4-1999 esta ratificación no debe establecer condicionamientos ni previsiones añadidas si los Estatutos Fundacionales han previsto expresamente el destino de los bienes en caso de extinción de la fundación.



actuación de los mismos así como el proyecto de distribución de los bienes y derechos resultantes de la liquidación.

El protectorado, una vez examinada la documentación aportada por el patronato, corroborará o denegará la ratificación del acuerdo de extinción. A falta de resolución expresa en el plazo citado, el acuerdo de extinción podrá entenderse ratificado, operando el silencio positivo.

El plazo para resolver quedará interrumpido, cuando el acuerdo de extinción no reúna los requisitos necesarios o no se presente debidamente documentado y el protectorado así lo estime mediante acto motivado que notificará al patronato. Las resoluciones deben ser siempre motivadas. El cómputo del plazo se reanudará por el tiempo, que reste desde el momento en que tales defectos se hayan subsanado. El acuerdo de extinción o, en su caso, la resolución judicial se inscribirá en el Registro de fundaciones.

Únicamente en el supuesto de que la causa de extinción de la fundación se base en el cumplimiento del plazo para el que fue constituida, no se requerirá acuerdo motivado del patronato.

## 10.6. Liquidación y Destino del patrimonio fundacional

### 10.6.1 Planteamiento General

El artículo 355-6 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña comienza señalando que la extinción de la fundación determina la apertura del procedimiento de liquidación y, a continuación establece quienes serán los responsables del proceso, señalando como ejecutores a los siguientes: el patronato, los liquidadores, si existen, o subsidiariamente, el protectorado (artículo 335-6.1). El texto además, determina los beneficiarios del patrimonio restante (artículo 335-6.2 y 3); la exigencia de la autorización del Protectorado para la adjudicación (artículo 335-6.4) y, finalmente, regula el destino del patrimonio de los fondos especiales de la fundación disuelta (artículo 335-6.5).

Asimismo será necesario atender a la regulación de la extinción de la persona jurídica conforme a lo dispuesto en el Título I del Libro tercero del Código Civil de Cataluña.

Algunos autores sostienen que la liquidación es un proceso y no un acto, a diferencia de la disolución de la fundación. La liquidación consiste en un conjunto de actos o serie de operaciones continuas dirigidas a resolver las relaciones jurídicas de la

fundación con los terceros<sup>267</sup>. La fundación entra en un proceso de liquidación que supone una transformación, no en su naturaleza sino en sus fines, ya que las actividades de la fundación dejan de dirigirse al interés general para orientarse a la extinción de sus relaciones en el tráfico jurídico.

En realidad, con la liquidación se trata de convertir todo el patrimonio de la fundación en derechos reales, de tal manera que las deudas y derechos de crédito que pudieran existir y que la relacionaban jurídicamente con terceros se extingan. Efectivamente, tras la extinción de la fundación se destinará el patrimonio resultante a un fin de interés general

Una vez producida la extinción de la fundación por cualquiera de las causas previstas por la ley, la fundación deberá iniciar el procedimiento de liquidación que consiste en la cesión global de todos los activos y pasivos de la fundación.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña regulaba como causa de extinción de la fundación: la fusión de fundaciones. Se trataba éste del único supuesto de extinción en que la fundación no entraba en liquidación (artículos 43 y 45.1 d), en que los patrimonios de las fusionadas se integraban en la de nueva creación o la fundación absorbente recibía íntegramente el patrimonio de la absorbida, según los casos.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña no contempla la fusión como una causa de disolución de la fundación, sino que únicamente la regula como una modificación estructural.

El procedimiento de liquidación tiene por objeto determinar el haber fundacional, con carácter previo se han de cobrar los créditos de los que sea titular la fundación y pagar las deudas pendientes. Para conseguir tal objetivo se deben realizar cuantas operaciones resulten precisas, incluyendo la enajenación de bienes que formen parte de su patrimonio ya procedente o no de la dotación.

#### **10.6.2 Los liquidadores de la Fundación**

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña establece que el procedimiento de liquidación se realizará o bien por el patronato de la fundación o bien por los liquidadores, si existen, o bien subsidiariamente por el Protectorado. Al patronato, como órgano de gobierno y administración de la fundación, corresponde realizar las

---

<sup>267</sup> FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup> Lourdes; "Liquidación" en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Editorial Tirant Lo Blanc. Valencia 2008. Págs. 834-841.

operaciones de liquidación del patrimonio de la fundación. Se trata de una designación por ministerio de la ley sin necesidad de que el patronato de la fundación deba acordar nada al respecto.

Dado que la liquidación de la fundación corresponde al patronato, podría entenderse que la función de liquidación de la fundación podrá delegarse en algunos de los miembros del patronato de la fundación. No obstante, esta cuestión no queda clara en la ley catalana, mientras que, por el contrario, en la Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, estos liquidadores no pueden ser otros más que el patronato en su integridad. Precisamente, una de las novedades de la Ley estatal, recogida en el artículo 16,1, es que ya no resulta delegable por parte del patronato *la liquidación de la fundación*, lo que sí era posible en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, aunque, según la opinión de la mayor parte de la doctrina, no podía admitirse que esta misión pudiera delegarse en terceras personas puesto que la norma la atribuía expresamente al patronato, y el artículo 14, además, prohibía expresamente la delegación de funciones por parte del patronato en personas ajenas a este.<sup>268</sup>.

La ley catalana contempla la posibilidad de que el patronato pueda nombrar a otras personas como liquidadores; sin embargo, no cabe admitir que esta misión pueda delegarse en terceras personas, pues la Ley la atribuye expresamente al patronato y el artículo 332-8.3 del Código Civil de Cataluña prohíbe la delegación de funciones por parte del patronato en personas ajenas a este. Por todo lo expuesto, debemos entender que la función de liquidación podrá delegarse en algunos miembros del patronato de la fundación.

Atendiendo a los términos imperativos en que está redactada la Ley, no es posible interpretar que el fundador pueda designar como liquidadores a personas distintas de los miembros del patronato, ya que es la propia ley que asigna esta función al patronato y en ningún caso será posible suponer que se trata de una norma dispositiva por la que el patronato pueda actuar a su parecer.

Los liquidadores tienen encomendada la función de llevar a cabo la extinción de las relaciones jurídicas, por lo que la mutación producida en las actividades de la fundación opera también en las funciones del patronato. Para el desempeño de su misión, los liquidadores seguirán teniendo atribuidas las facultades legales de gobierno

---

<sup>268</sup>GONZALEZ CUETO. Tomás; *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*. Editorial Aranzadi. Pamplona 2003. Pág. 257.

y representación, aunque con un alcance menor, ya que sólo podrán emplearlas para las estrictas operaciones tendentes a la liquidación de la fundación.

### 10.6.3 El Proceso de Liquidación

La extinción de la fundación determina la apertura del procedimiento de liquidación que se debe llevar a cabo por el patronato bajo el control de protectorado. El procedimiento de liquidación tiene por objeto determinar el haber fundacional. Ello implica que se deben cobrar los créditos de los que sea titular la fundación y pagar las deudas pendientes. Para conseguir tal objetivo, se deben realizar cuantas operaciones resulten necesarias, incluyendo la enajenación de bienes que formen parte de su patrimonio, ya sean dotacionales o no. Todo el proceso se desarrollará bajo el permanente control del protectorado.

Ni la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña; ni la anterior a esta, la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas; ni tampoco la Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, señalaban nada, respecto a la necesidad de elaborar un balance de situación con carácter previo a las operaciones de liquidación que reflejara el estado patrimonial de la entidad de que se trate.

La doctrina<sup>269</sup> reiteradamente había insistido como en otras entidades, las operaciones liquidatorias, van precedidas siempre de la elaboración de un balance de situación que refleja el estado patrimonial de la entidad de que se trate<sup>270</sup>, reivindicando que esta posibilidad debería trasladarse sin más a la liquidación de fundaciones y reclamando la necesidad de que el patronato presentara el balance y un programa de actuación al protectorado. El balance sería muy sencillo, más simple que el necesario para la formación de las cuentas anuales<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup>Puede verse en GARCÍA ANDRADE, Jorge *La Fundación....* op.cit. También CAFFARENA LAPORTA, Jorge; *Comentarios a la Ley de Fundaciones.* op. cit. Comentario al artículo 31, Pág. 281).

<sup>270</sup>Las normas relativas a las sociedades mercantiles son útiles no sólo en este punto sino también en todo lo relativo al proceso de liquidación. Así los artículos 266 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas, o los Art. 109 y ss. de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada Incluso el Art. 18 de la Ley orgánica de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

<sup>271</sup>Así lo indica expresamente para las sociedades anónimas la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de julio de 2001. Según la misma, siendo la finalidad del balance previo a la liquidación determinar si existe haber partible entre los socios, su confección puede ser más simple que la del balance necesario para la formación de las cuentas anuales y su publicación supone una medida de publicidad puramente informativa, con carácter de aviso de cláusula de liquidación. Por lo tanto, no existe defecto por el hecho de que el balance incorporado a la escritura de liquidación sea más detallado que el que fue objeto de

La doctrina era pacífica en relación a este punto, destacando la opinión de quien sustentaba esta reivindicación con base en el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, que parece avalar esta costumbre, al requerir al patronato de la fundación que presente un balance de situación, cerrado al momento de acordar la disolución de la fundación (artículo 18,1c.)<sup>272</sup>. Aunque el Reglamento lo exija únicamente para aquellos casos en que la disolución de la fundación deba de ser ratificada por el protectorado, habrá de entenderse igualmente necesario para los demás supuestos, ya que la liquidación debe tener lugar en todo caso.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña exige que el órgano liquidador o las personas liquidadoras, antes de iniciar las operaciones de liquidación, deben suscribir, junto al órgano de gobierno si la liquidación no correspondiera a éste, un inventario y un balance referidos al día de inicio de la liquidación.

Corresponderá al órgano liquidador ejecutar el acuerdo de liquidación, pero además el Código civil de Cataluña dispone, le corresponderán también las siguientes tareas (artículo 314-6.2).

- Velar por la integridad del patrimonio de la persona jurídica, administrarlo y llevar y custodiar los libros de la entidad.
- Concluir las operaciones pendientes y hacer las que sean precisas para la liquidación.
- Reclamar y percibir los créditos pendientes de la entidad y pagar sus deudas
- Formular las cuentas anuales, si la liquidación se prolonga más de un año, y presentarlas al órgano deliberante de la entidad si existe, o al que corresponda, de acuerdo con la ley para su aprobación, si procede.
- Adjudicar o destinar el patrimonio restante a las finalidades o personas establecidas por los estatutos o por la ley.
- Solicitar la cancelación de los asientos en el registro correspondiente y conservar los libros y la documentación de la entidad durante el plazo legalmente establecido.

---

publicación, cuando ambos coinciden en lo esencial. En un sentido análogo a ésta se pronuncia la Resolución de 11 de marzo de 2000.

<sup>272</sup>GARCÍA ANDRADE, Jorge; *Ibidem* Págs. 280-328.

#### **10.6.4 La extinción de las relaciones jurídicas**

Una vez producida la extinción de la fundación de pleno derecho, mediante acuerdo del patronato ratificado por el protectorado o por resolución judicial, se produce la apertura del procedimiento de liquidación. La fundación entra entonces en una fase intermedia, previa a su desaparición, en la que se lleva a cabo la liquidación a efectos de extinguir las relaciones jurídicas pendientes.

La función principal de los liquidadores consiste en la conservación del patrimonio fundacional, el cobro de los derechos pendientes y el pago de las obligaciones que la fundación tuviera con terceros.

La Ley es muy parca respecto de la regulación de la liquidación de la fundación, pero lo que no ofrece duda alguna es que el patronato liquidador está sujeto a la necesidad de obtener autorización previa del protectorado para los mismos actos que la ley determina durante la vida normal de la fundación, y en especial respecto de las enajenaciones y gravámenes regulados en el artículo 333-1 del Código Civil de Cataluña. También deberá cumplir con las obligaciones de comunicación legalmente exigidas y que obedecen al control del protectorado sobre todo el proceso.

Sin embargo, en relación a este punto, debe tenerse en cuenta que la finalidad de la enajenación no siempre es la misma en las sociedades que en las fundaciones. En general, los liquidadores de las sociedades mercantiles, además de realizar los créditos y pagar las deudas, acostumbran a enajenar los bienes de la sociedad, con la finalidad de convertirlos en numerario. La enajenación de la totalidad de los bienes de la sociedad para obtener su valor en dinero tiende a facilitar el pago de las deudas, y posteriormente el reparto del patrimonio entre los socios.

Al igual que las sociedades, los liquidadores de la fundación deben tener la posibilidad de enajenar los bienes fundacionales. La liquidación del pasivo se llevará a cabo pagando las obligaciones vencidas y aquellas cuyo pago anticipado fuera posible, así como depositando el importe de los pagos futuros. Además, los liquidadores procurarán el cobro de los créditos de los que fuera titular la fundación.

Cabe preguntarse si, durante el periodo en que tiene lugar la liquidación de la fundación, esta podrá seguir realizando sus actividades propias, en cumplimiento de los fines fundacionales. La personalidad jurídica continúa durante el periodo de liquidación; sin embargo, la actividad de la fundación, no puede ser la ordinaria, la que constituía el objeto normal de la misma, sino que se ceñirá a las operaciones de liquidación.

Ante la cuestión planteada, si tenemos en cuenta que la disolución de la fundación se ha podido producir por el vencimiento del término por el que fue constituida, por la realización de los fines fundacionales, por la imposibilidad de su cumplimiento o por otras causas que haya podido prever el legislador o en su caso el fundador, junto al hecho de que la finalidad de la liquidación es la extinción de las relaciones jurídicas con los terceros, no parece consecuente que la fundación pueda realizar nuevas actividades fundacionales ya que precisamente la causa de extinción de la fundación es la imposibilidad de acometer la realización de sus finalidades. No obstante, es preciso entender que aquellas actividades fundacionales que ya se hubieran iniciado deberán ser concluidas por los liquidadores.

Por otra parte, respecto del órgano de gobierno de la fundación, si no se hubiera dispuesto otra cosa en los estatutos, la extinción de la fundación no supone el cese de los patronos; el patronato continuará siendo el órgano de gobierno y representación de la fundación durante el periodo de liquidación, pero sus funciones serán ahora distintas pues irán encaminadas a la realización de todas las operaciones precisas para llevar a cabo la liquidación de la fundación.

#### **10.6.5 El control del proceso de liquidación por el protectorado**

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña atribuye al protectorado una participación directa en el proceso de liquidación de la fundación, instituyendo no tan sólo la necesidad de obtener la previa autorización del Protectorado para efectuar la cesión global de los activos y pasivos, sino también atribuyéndole la posibilidad de llevar a cabo, si procede, la cesión global de los activos y pasivos de la fundación. La función del protectorado durante el proceso de liquidación de la fundación, aunque la ley no la especifica con absoluta claridad se podría calificar como una función de control.

La Ley de Fundaciones de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre, contempla la función del Protectorado, durante el proceso de liquidación de la fundación, expresamente como una función de mero control; los liquidadores deberán cumplir las obligaciones de comunicación y deberán solicitar al protectorado autorización previa en los casos exigidos por la ley, atribuyendo al protectorado la función de control durante todo el proceso de liquidación de la fundación y facultándolo para establecer la periodicidad que estime más conveniente para su adecuada información. Corresponderá a los liquidadores cumplir con la obligación de mantener al protectorado debidamente informado para poder desarrollar su función de control sin necesidad de ser requerido para ello.,

A tenor de lo dispuesto en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña en relación con la liquidación de la fundación, es posible interpretar, dada la obligación de solicitud de autorización previa impuesta a los liquidadores, que estos tienen la obligación de mantener al protectorado debidamente informado para que pueda desarrollar su función de control. El artículo 27 de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública establece el deber de colaboración de los patronos, y las personas con funciones de dirección de las fundaciones y de las asociaciones declaradas de utilidad pública, y el deber de presentarse en el lugar, día y hora señalados para practicar las actuaciones correspondientes.

#### **10.6.6 Informes de liquidación**

El órgano con funciones de liquidación, o en su caso las personas liquidadoras, deberán informar periódicamente sobre el estado de las operaciones de liquidación (artículo 314-8.1 Código Civil de Cataluña). El informe de liquidación debe formularse semestralmente, salvo que la ley o el acuerdo de disolución no establezcan un periodo más breve, y deberá presentarse al Protectorado (Artículo 314.8-2 Código Civil de Cataluña).

#### **10.6.7 El resultado patrimonial de la liquidación**

En relación con esta cuestión y llegados a este punto, es posible que se planteen dos situaciones: bien que durante el procedimiento de liquidación de la fundación el activo supere al pasivo, o bien que los liquidadores aprecien que el pasivo supera al activo de la fundación.

La primera posibilidad se producirá si concluido el procedimiento de liquidación de la fundación, los liquidadores aprecian que el activo es superior al pasivo, en cuyo caso los liquidadores deberán destinarlo a otras entidades establecidas por los estatutos o bien a las finalidades de interés general establecidas en los estatutos. La segunda situación puede producirse cuando, como resultado de la liquidación, los liquidadores aprecien que el pasivo supera el activo de la fundación, en cuyo caso deberán presentar a la fundación en concurso de acreedores. Conforme a las reglas prevenidas en el Código Civil en el caso de que la fundación tuviera la condición de empresario, el procedimiento será el de quiebra.



### 10.6.8. Destino de patrimonio fundacional

#### 10.6.8.1 Antecedentes Legislativos

A tenor del artículo 39 del Código Civil

*“Si por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente, o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían dejasen de funcionar las fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiera establecido previamente se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran de recoger los beneficios de las fundaciones extinguidas”*

La reversión del patrimonio fundacional no ha sido tema pacífico en la doctrina, sino que por el contrario, existen al respecto dos tendencias contrapuestas. Por una parte se encuentra la de aquellos que defienden la posibilidad de la reversión del patrimonio fundacional a la esfera privada, entre los que se encuentran destacados autores que descubren como el aspecto fiscal no debe ser obstáculo para defender la reversión, puesto que de igual forma que se prevén los efectos devolutorios para la donación revocada, podría aplicarse análogamente dicha justificación para la reversión de los bienes<sup>273</sup>. Por otra parte, y en contra de la reversión, se manifiestan otros autores que sostienen que una reversión de los bienes conforme a las cláusulas que hubiera podido establecer el fundador solo será posible cuando existan bienes remanentes en el patrimonio fundacional tras hacer frente a la responsabilidad que le pueda corresponder, y sólo respecto de los bienes que haya aportado efectivamente el fundador y no los que puedan provenir de terceros<sup>274</sup>

Resulta francamente interesante en esta cuestión, la tesis que sustenta que una cláusula que establezca la reversión de los bienes fundacionales a los herederos de la fundación resultaría incompatible con el espíritu, con la esencia de las Fundaciones,

---

<sup>273</sup> MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos Juan; “Notas en torno a las fundaciones y los establecimientos en el Código Civil”. Revista de Derecho Privado, LXIII, mayo 1979, Pág. 459. PIÑAR MAÑAS, José Luis; “Relaciones de las fundaciones con los Protectorados” en Presente y futuro de las fundaciones. Civitas. Madrid 1990. Pág. 133. SERRANO CHAMORRO, María Eugenia; Las Fundaciones. Dotación y Patrimonio. Editorial Civitas. Madrid 2000.

<sup>274</sup> DEL CAMPO ARBULO, José Antonio (1995), “Las fundaciones a fe y conciencia en el ordenamiento jurídico español”. La Ley, 1995-37.  
NIETO ALONSO, Antonia; *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*. Fundación Pedro Barrié de la Maza, Conde de FENOSA, febrero 1996, Pág. 173.

puesto que a ellos iría a parar, además de la dotación patrimonial, las liberalidades sucesivamente recibidas en función del interés público que por definición persiguen las fundaciones.

Desde nuestro punto de vista, y al respecto de la reversión del patrimonio de una fundación, llegada su extinción y consiguiente liquidación, parece lógico, que los bienes fundacionales deban seguir afectos al interés público desde el momento en que se han excluido de la esfera privada y se han destinado a la consecución de un interés público, por cuanto tales bienes han trascendido a una esfera jurídica distinta y han gozado de una serie de beneficios fiscales, por lo que en caso de producirse su reversión se estaría produciendo un fraude al concepto de interés público. Y no se debe este argumento a razones exclusivamente fiscales, ya que éstas podrían subsanarse estableciendo, en primer lugar, que sólo los bienes aportados por el fundador a la reversión fueran reversibles, y que se tributara en función de los beneficios obtenidos, mientras éstos formaron parte de la fundación y gozaron de un régimen de bonificaciones, sino porque el interés general vería menguada su esfera de actuación, al sustraerse de una masa de patrimonio a la que fue en su día voluntariamente adscrita.

El hecho de que el artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, no sea de aplicación básica en todo el territorio español comporta que en algunas leyes autonómicas sobre la materia se acepte de manera explícita la reversión, como es el caso de la Comunidad de Madrid, (artículo 27 de la Ley 1/1998). De manera indirecta lo permitía la ley gallega anterior (artículo 24 de la Ley 11/1991, de 8 de noviembre), si bien la actual Ley 12/2006, de 1 de diciembre de fundaciones de interés gallego no lo contempla, puesto que la remisión que hace el artículo 39 del Código Civil permite que el fundador en los estatutos pueda establecer una cláusula de reversión de los bienes a sus herederos. La Comunidad Valenciana (artículo 26 de la ley 8/1998, de 9 de diciembre), por su parte, permite la reversión de los bienes para las fundaciones constituidas por personas jurídicas públicas. La normativa catalana sobre fundaciones, al igual que la vasca, canaria, aragonesa y navarra, coincide con lo previsto en la ley estatal.

Como señala una parte importante de la doctrina<sup>275</sup>, podemos hablar de la coexistencia de dos sistemas de distribución de bienes de las fundaciones tras su extinción:

- El destino que el fundador hubiere previsto para los bienes, cualquiera que éste fuera.
- El destino a otras entidades sin fin de lucro que además persigan fines de interés general.

El Código Civil de Cataluña, sigue el segundo sistema (con la excepción si se puede considerar como tal, de las entidades públicas como destinatarias). De este modo, queda excluida la reversión de los bienes a favor del fundador, de los causahabientes o parientes del mismo o de cualquier entidad que no cumpla los requisitos legalmente establecidos, y siempre y en todo caso, con la autorización previa del protectorado<sup>276</sup>.

La anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña regulaba la reversión del patrimonio fundacional en el artículo 46, y en relación a este punto la ley marcaba importantes diferencias en la regulación respecto de la anterior, Ley 1/1982, de 3 marzo, de fundaciones privadas, por cuanto atribuía la facultad de decidir la cesión global de los activos y pasivos de la fundación al patronato, aun cuando necesitará, siempre, la autorización previa del protectorado.

La Ley 1/1982, de 3 de marzo de fundaciones privadas en su artículo 9 apartado 2., regulaba la destinación de los bienes sobrantes de la fundación llegado el momento de su extinción, en el supuesto de que los estatutos no lo hubieran previsto, y atribuía esta facultad al protectorado.

#### ***10.6.8.2 Regulación en la normativa actual (Libro tercero del Código Civil de Cataluña)***

A tenor de lo dispuesto en el artículo 335-6 del libro tercero del Código Civil de Cataluña, la cesión global de todos los activos y pasivos de la fundación, se destinará:

- SEGÚN LO PREVISTO EN LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS
  - a) A las entidades establecidas en los estatutos
    - Fundaciones

---

<sup>275</sup> Entre otros, CARRANCHO HERRERO, María Teresa (1996) "La extinción de las fundaciones"...op. cit.

<sup>276</sup> La nueva Ley de Fundaciones de interés gallego, Ley 12/2006, de 1 de diciembre (artículo 4 apartado tercero) regula la reversión en iguales términos que el Código Civil de Cataluña.

- Entidades sin ánimo de lucro, con finalidades análogas a la fundación disuelta
  - Entidades públicas
- b) A las finalidades de interés general establecidas en los estatutos
- SI LAS DISPOSICIONES ESTATUTARIAS SOBRE EL DESTINO DEL PATRIMONIO RESTANTE NO PUEDEN CUMPLIRSE
    - A otras entidades sin ánimo de lucro con finalidades análogas a las de la fundación disuelta.

En relación a este asunto y respecto de la anterior legislación, destaca la supresión que hace el Código Civil de Cataluña respecto de la última alternativa que contemplaba con carácter residual la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña, en el caso de que faltaren las entidades previstas, que contemplaba la posibilidad de destinar el patrimonio a otras entidades sin pronunciarse sobre el carácter público o privado, o los fines de las mismas (artículo 46,1).

Durante los trabajos preparatorios, se presentaron varias enmiendas al artículo comentado, por parte del Grupo Socialistas-Ciudadanos para el Cambio, por el Grupo Iniciativa por Cataluña-Verdes y por el Grupo Izquierda Republicana de Cataluña, que reclamaban la adición de una nueva letra a este apartado donde se contemplara, que cuando la fundación que se extingue hubiera sido constituida por una persona jurídica pública, el patrimonio que resulte de la liquidación revirtiese en el fundador.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña prevé con carácter residual en el artículo 335-6.2, la posibilidad de destinar el patrimonio fundacional a entidades públicas.

La Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en el artículo 33,3, se refiere a la posibilidad de que las entidades públicas de naturaleza no fundacional, puedan ser también destinatarias de tales bienes. Este supuesto ha de estar previsto expresamente en los estatutos o cláusulas fundacionales. Esta previsión es útil en especial respecto de las fundaciones creadas por personas jurídico-públicas, realidad cada vez más frecuente y que a partir de la entrada en vigor de la nueva ley goza de una regulación más detallada, sobre todo, para las del sector público estatal (artículos 44 a 46). En estos casos y como excepción, la entidad pública fundadora puede prever expresamente la reversión de los bienes y derechos en su favor, lo que también puede hacer las fundaciones y entidades no lucrativas privadas, cuando son fundadoras ellas mismas.

Destaca también otra diferencia importante entre la ley catalana y la ley de competencia estatal consistente en que la Ley 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, no prevé, con acierto a nuestro entender, que los bienes y derechos resultantes de la liquidación se asignen preferentemente a otras entidades o fundaciones que tengan fines análogos a la extinguida.

Algunos autores consideran esta solución mucho más respetuosa con la voluntad del fundador<sup>277</sup>, otros en cambio, consideran más sencillo concluir lo contrario; si el fundador hubiera querido manifestar su voluntad aún sin designar destinatarios concretos, orientando la decisión del patronato, lo habría hecho así<sup>278</sup>.

Por consiguiente, la falta de declaración o manifestación de voluntad por el fundador debe ser interpretada en el marco legal. Acudir a la analogía puede ser en todo caso muy problemático, por cuanto, como es bien sabido, muchas veces las relaciones entre quienes actúan en el mismo ámbito no son siempre las mejores.

Así pues, siguiendo en el marco de la ley estatal, históricamente, al no fijar el artículo 39 del Código Civil ningún límite a la voluntad del fundador, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>279</sup> como la doctrina científica admitían como lícito que en los estatutos fundacionales se estableciera un destino para el patrimonio de la fundación, que comportara sustraerlo de la esfera del interés público y que pasase a manos privadas.

La Ley 30/1994 de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos a la Participación Privada en Actividades de Interés General prohibió la reversión de los bienes a favor de personas físicas o jurídicas de interés privado. Incluso otorgó un plazo de dos años, desde su entrada en vigor a las fundaciones *a fe y conciencia* para que se adecuasen a ella.

La actual Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones aun es más contundente al establecer esta prohibición, pues cierra la puerta a un cierto tipo de reversión indirecta que a tenor del articulado de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos a la Participación Privada en Actividades de Interés General, podía producirse cuando los bienes de la fundación extinta pudieran ir a parar a una asociación. De esta forma, quedaban sustraídos del ámbito del interés público desde el momento que ninguna norma obliga a las asociaciones a destinar sus bienes

---

<sup>277</sup> CAFFARENA LAPORTA, Jorge; *Constitución, modificación y extinción de las fundaciones...* op. cit.

<sup>278</sup> GONZÁLEZ CUETO, Tomás, *Ibidem*. Págs. 257 y ss.

<sup>279</sup> Entre otras, la STS de 6-6-1987.

en el momento de su extinción a otras entidades sin afán de lucro. Incluso, se puede haber dispuesto en sus estatutos que los bienes se repartirán entre los socios. La nueva Ley de Fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sólo permite que los bienes y derechos que resulten de la liquidación se destinen 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 aquellos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los estatutos de la fundación extinguida.

#### ***10.6.8.3 La reversión del patrimonio fundacional***

En relación al destino de los bienes, si bien algunos autores han considerado que la legislación de fundaciones venía a poner fin definitivamente a la posibilidad de la reversión patrimonial, esta aseveración no es del todo exacta. El artículo 335-6 del Código Civil de Cataluña dispone un destino patrimonial en sentido positivo, que no negativo, es decir, no se prohíbe la reversión sino que se impone la vinculación al interés general.

El precepto comentado dispone que los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinen a las fundaciones, entidades privadas sin ánimo de lucro, o entidades públicas que persigan fines de interés general. Todo ello supone que las entidades destinatarias de los bienes deberán reunir una serie de requisitos: las destinatarias deberán perseguir fines de interés general y, si se tratase de entidades privadas deberán reunir además dos requisitos más: carecer de ánimo de lucro y tener afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de fines de interés general.

No obstante, a la hora de determinar el destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación de la fundación extinguida, habrá que estar, en primer lugar a lo dispuesto en el negocio fundacional o en los estatutos, lo que supone la necesidad de estar en primer lugar a la voluntad del fundador manifestada en el acto constitutivo de la fundación, ya que los estatutos forman parte de éste. No obstante, y destacando que lo que prima fundamentalmente en este tema es la voluntad originaria del fundador, es preciso señalar que el precepto establece un límite a esta voluntad: el destino de los bienes ha de ser una entidad o entidades sin ánimo de lucro que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de estos. Se trata, por lo tanto, de que los bienes fundacionales queden adscritos definitivamente a la realización de fines de interés general.

En el caso que ni el negocio fundacional ni en los estatutos se haya previsto nada acerca del destino final de los bienes de la fundación extinguida, cabe que el fundador haya atribuido al patronato, en el negocio fundacional, la facultad de decidir dicho destino. Si es así, el patronato podrá determinarlo, pero siempre a favor de fundaciones o entidades no lucrativas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes definitivamente a la consecución de estos. En todo caso el patronato necesitará llegado este supuesto, la autorización previa del protectorado.

Finalmente será al protectorado a quien corresponderá cumplir con este cometido y quien decidirá llegado este caso, el destino de los bienes de las fundaciones extinguidas entre las entidades a las que hace referencia este artículo.

## 11. EL PROTECTORADO

### 11.1 Consideraciones iniciales

Las fundaciones son entidades que se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos y por la ley. No obstante, su especial naturaleza ha llevado a nuestros legisladores a someterlas al control o tutela de un tercero, función que ha estado encomendada desde muy antiguo a la Administración Pública, a través de unos órganos administrativos denominados *protectorados de las fundaciones*.

Tradicionalmente se mantuvo la idea de que *“la acción tutelar de la autoridad pública, si se prescinde de cuál sea ésta en concreto, acerca de las fundaciones creadas por sujetos particulares es un fenómeno tan antiguo y tan universal como las mismas fundaciones”*<sup>280</sup>. Consideramos que tal afirmación se ajusta completamente a la realidad. Sin embargo, lo único que ha variado con el paso del tiempo es, por una parte la entidad que lleva a cabo el control y, por otra, su alcance y contenido.

En el Derecho romano ya era conocida la vigilancia ejercida por el *Curator rei publicae* en orden al cumplimiento de disposiciones (de naturaleza fiduciaria) hechas a favor de una ciudad o *collegium* con la carga de ejecutar la voluntad del “fundador”. El patrimonio pasaba en propiedad al aceptante que:

*“(…) no sólo contraía la obligación personal del cumplimiento de la carga, sino que la obligación era muchas veces garantizada por multas o cláusulas resolutorias. Este sistema hacía posible la realización permanente de la voluntad del fundador porque la disposición se dirigía a una universitas, ente de duración indefinida, pero subsistía siempre la incertidumbre de la ejecución de la carga”*<sup>281</sup>.

La ubicación constitucional del derecho a fundar le confiere la garantía del artículo 53 de la Constitución, en cuya virtud, sólo por normas con rango formal de ley, podrá regularse su ejercicio. Admitida constitucionalmente la figura del protectorado, éste no sólo deberá hacerse reconocible sino que deberá serlo de tal manera que la excesiva intervención no desvirtúe un derecho de libertad.

---

<sup>280</sup> Como señaló VALERO AGÚNDEZ, Urbano; *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, 1969. Pág. 396. En el mismo sentido PIÑAR MAÑAS, José Luis; “Relaciones de las fundaciones con los Protectorados”, en *Presente y futuro de las fundaciones*. Pág. 87.

<sup>281</sup> Siguiendo a PIÑAR MAÑAS, José Luis; *La fundación como forma de empresa*. op .cit. Pág. 88 y ss.



Históricamente, el carácter privado de las fundaciones no ha impedido que estuviesen sometidas a controles, tutelas y procedimientos administrativos ajenos a la mayoría de entidades privadas. El interés público ha sido, y es, el título habilitador por naturaleza de la intervención administrativa en el ámbito privado.

La mayor parte de la doctrina coincide en la validez constitucional de la figura del protectorado o mejor dicho, de la intervención administrativa que su existencia supone, que es en definitiva, la tensión última que encierra la actuación pública del protectorado<sup>282</sup>.

El Propio Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de manifestarse al respecto en la sentencia 49/1988, de 22 de marzo, en la que considera constitucionalmente válido *“un tipo de acción administrativa para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman”*.

No obstante y, frente a este argumento, la realidad jurídica presenta múltiples manifestaciones de relaciones jurídicas en las que la Administración Pública no tiene encomendada la función de velar por el recto ejercicio de los derechos o, para ser más preciso, en las que la Administración, no interviene para evitar el ejercicio espurio de un determinado derecho; sino que, por el contrario, se encomienda a los tribunales la corrección posterior de las desviaciones de la legalidad. Atendiendo a lo expuesto, cabe preguntarse, por qué razón la mayoría de ordenamientos jurídicos someten a las fundaciones, además, a unos controles externos, que no existen para otras instituciones.

La existencia de una diversidad de protectorados puede introducir disparidad de criterios en cuanto al modo de ejercicio de la función del protectorado, lo que resulta a todas luces criticable.

En el Derecho comparado; tanto en los países de tradición jurídica más liberal como los Estados Unidos de América, Suiza u Holanda en los que apenas existe un control sobre las fundaciones, salvo el tributario, como en los países de tradición más acusadamente intervencionista, como Francia, existe una forma de control que no se da en otras organizaciones privadas.

---

<sup>282</sup> Entre otros, DE LORENZO GARCÍA, Rafael y CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; “El Protectorado”. *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Fundación ONCE. Madrid 2005. Págs. 493- 500. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid. Civitas 1992 o, MUÑOZ MACHADO, Santiago; “Las fundaciones en la constitución” en DE LORENZO GARCÍA, Y CABRA LUNA, Miguel Ángel; *Presente y futuro de las fundaciones*. Madrid. Civitas 1990

Varios son los motivos que en el Derecho comparado llevan a someter a las fundaciones a algún tipo de control especial; pero la mayoría de ordenamientos jurídicos comparten básicamente dos razones: la ausencia de un titular de la fundación y la persecución del interés general.

En la medida que las leyes respeten el concepto de fundación, generalmente admitido en la doctrina, serán válidas todas aquellas intervenciones administrativas que el ordenamiento jurídico prevea, sin otro requisito que el establecimiento de la intervención por una norma con rango formal de ley toda vez que la existencia de un protectorado o figura análoga supone una limitación en el ejercicio del derecho a fundar y entra de lleno en el alcance del artículo 53 de la Constitución Española.

### 11.2 La justificación actual del protectorado

La coincidencia en el marco de actuación de las fundaciones, con las instituciones públicas es la razón que justifica que sean éstas últimas las que establezcan legalmente cuáles son los fines u objetivos que benefician a la sociedad o una parte de ésta; así como quienes regulan el procedimiento de su constitución, el desarrollo de sus actividades, que constriñen a cumplir la voluntad fundacional prevista en sus estatutos, y la conservación del patrimonio.

Esta premisa conduce a justificar la existencia del protectorado sobre la base de que los fines de la fundación sean de interés general. La constitución de la fundación que supone la constitución de una persona jurídica que debe cumplir una finalidad, con intención de perpetuidad y con un patrimonio respecto del cual el propietario ha dejado de serlo, implica que el poder público deba intervenir no sólo como garante del cumplimiento de la voluntad del fundador, sino también de los derechos de los beneficiarios de los fines de interés general.

Por lo que respecta a la supervisión que debe ejercer el protectorado sobre la fundación, esta se divide en controles previos respecto al correcto cumplimiento de los requisitos legales para su constitución, y controles posteriores en relación con su funcionamiento<sup>283</sup>. Este control por el poder público debe ir combinado con el control interno ejercido por un órgano privado de la fundación.

En este marco jurídico debe evitarse que la supervisión ejercida por el poder público se convierta en un intervencionismo excesivo, lo que ha sido precisamente nuestra máxima preocupación durante el desarrollo de esta tesis doctoral; pero por otra parte,

---

<sup>283</sup> Este control posterior se centra principalmente en garantizar la consecución de la finalidad fundacional y suele ser ejercido por la administración y el poder judicial.

la supervisión tiene que ser capaz de advertir y corregir el usos fraudulento de la figura de la fundación que utilizan estas entidades sin fines de lucro para la obtención de fines particulares, en lugar del interés general que es lo que las caracteriza.

Tradicionalmente, el protectorado de fundaciones que realiza una actividad de naturaleza público-administrativa ha tenido como objetivo principal garantizar el correcto ejercicio del derecho de fundación. En este contexto, el protectorado ha llevado a cabo funciones de asesoramiento, fomento, y la verificación del cumplimiento por parte de las fundaciones de las finalidades de interés general con arreglo a lo establecido en el artículo 34 de la Constitución.

En la práctica, el protectorado se ha configurado como un simple registro de actos jurídicos, circunstancia que ha obstaculizado, hasta la fecha, que pudiera plantear políticas públicas a fin de abordar los nuevos retos que plantea el sector fundacional. El ámbito fundacional español ha crecido sustancialmente en las últimas décadas y en el caso de Cataluña, en los últimos diez años, el número de fundaciones casi se ha doblado<sup>284</sup>.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña en su Exposición de Motivos, asignaba al protectorado de fundaciones una doble función: la de asesoramiento y apoyo, abandonando las anteriores de control y autorización que la ley calificaba como *funciones de fiscalización*.

La citada ley, vigente hasta el 2 de agosto de 2008, contemplaba el protectorado como un tipo de intervención de carácter eminentemente preventivo que se configuraba en torno a dos funciones principales “*velar y asesorar*”. Este tipo de intervención determinó que aquella ley limitara las funciones supervisoras del protectorado a las funciones registrales y de autorización de determinados actos con transcendencia económica.

Solo en aquellos casos en que se detectaran indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de las entidades, así como en su constitución, la Administración Pública debería dar traslado al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente. En el supuesto en que la fundación hubiera incurrido en una actuación gravemente irregular o no presentara las cuentas anuales al protectorado durante dos años consecutivos, se podía solicitar a la autoridad judicial que acordase la intervención temporal de la

---

<sup>284</sup>Según datos del Protectorado de la Generalitat de Cataluña, dependiente del Departamento de Justicia, desde el 1 de enero de 1999 hasta la actualidad se han prácticamente duplicado el número de fundaciones existentes en Cataluña (en fecha 31/12/1999 existían 1355 fundaciones inscritas y a finales de 2007, se habían inscrito 2.391).

fundación. También se podía exigir la responsabilidad de los patronos por vía judicial o, como último mecanismo, instar la disolución judicial de la fundación. Las funciones de control se ejercían por medio de la autoridad judicial.

Sin embargo y, a nuestro entender, que en la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, el protectorado no dispusiera de los instrumentos legales suficientes para detectar si la gestión había sido gravemente irregular, ponía en peligro la continuidad de la fundación. Además la Ley 5/2001 de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, ni tan siquiera mencionaba la potestad inspectora por parte del protectorado de Fundaciones.

Frecuentemente no se ha entendido la función de protectorado, la Administración ha primado la satisfacción de los *lobbys* del sector fundacional; con merma, en ocasiones, del desarrollo de iniciativas orientadas a proteger los intereses de los beneficiarios de las fundaciones, que son, en definitiva, los destinatarios de su actividad.

Se dice a menudo, que la Administración tiene que intervenir poco o nada en este ámbito; pero se olvida que la razón de ser del protectorado consiste, precisamente, en que se garantice, entre otros objetivos, el destino de un mínimo del 70% de las rentas anuales al cumplimiento de las finalidades de interés general, así como la preservación de la voluntad del fundador. Si esto no se da, la fundación pierde su verdadero sentido.

Debe tenerse en consideración, que la operatividad de la fundación depende del comportamiento de los patronos que controlan un patrimonio que les es ajeno, sin que, en la mayoría de ocasiones, tengan otra contención que la que pueda desarrollar el protectorado.

Es admisible que el protectorado, como órgano de naturaleza pública, sufra las deficiencias inherentes a la Administración. Ahora bien, estas deficiencias no han de minusvalorar su función en la tarea de coadyuvar las pretensiones de un fundador que, en un determinado momento, puso un patrimonio, unas ideas y unos proyectos al servicio del interés general. Y en esta perspectiva, el protectorado, como cooperador del fundador para que el proyecto fundacional siga adelante, debería utilizar, sólo con ese objeto, los mecanismos ejecutivos que el ordenamiento jurídico pone en manos de la Administración Pública, como la potestad inspectora y sancionadora así como las órdenes ejecutivas.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña atribuye el protectorado a la Generalitat de Cataluña y, en concreto, al departamento que tiene adscrita esta competencia

(artículo 336-1.1 Código Civil de Cataluña); y se limita a describir en términos generales las funciones (Artículo 336-2 Código Civil de Cataluña) a definir las entidades que están sujetas al protectorado (artículo 336-1.2 Código Civil de Cataluña), así como a contemplar la medida de intervención general que puede ordenar la autoridad judicial a instancias del protectorado, en el caso de que una fundación no presente las cuentas anuales o se hubieren cometido incumplimientos graves de las obligaciones legales (artículo 336-3 y 4 del Código Civil de Cataluña).

Están sometidas al protectorado:

- Las fundaciones que se rigen por el presente Código
- Las delegaciones de fundaciones extranjeras establecidas en Cataluña, si ejercen sus funciones mayoritariamente en Cataluña

La Administración General del Estado ejercerá el protectorado sobre las fundaciones *“que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma”*.

Por lo tanto, y en principio, el fundador podrá elegir cuál será el protectorado a cuya actuación va a someter a la fundación constituida. Basta, para ello, determinar un ámbito territorial más o menos amplio, limitado a una Comunidad Autónoma o extendido a varias o a todo el Estado.

### 11.3 El protectorado como institución compatible con el reconocimiento constitucional del derecho de fundación

Antes de entrar en el análisis del protectorado conforme a lo dispuesto por el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, debemos cuestionarnos, como punto de partida previo, si la existencia de una actividad pública de supervisión y control sobre las fundaciones respeta el contenido esencial del derecho de fundación o, si por el contrario, el ejercicio de éste debe quedar exento de todo control; o si, en definitiva, es posible llegar a una tercera vía intermedia en la que el ejercicio del protectorado resulte admitido con ciertos límites.

En opinión de destacados autores, esta última opción es la que más encaja con el modelo constitucional, que conlleva la obligación de determinar cuáles han de ser esos

límites para no desvirtuar al protectorado y, en consecuencia, para no alterarlo, restringiendo, el ejercicio mismo del derecho de fundación<sup>285</sup>.

El punto de partida que pretendemos tomar en consideración para justificar la existencia del protectorado será el de aquellos que consideran que:

*“La Constitución no impone, pero en absoluto prohíbe, la existencia del protectorado. Puede incluso afirmarse que en el núcleo esencial del derecho de fundación institucionalmente garantizado por la Constitución cabe identificar la acción pública del Protectorado como elemento no extraño al sistema”<sup>286</sup>.*

Las funciones del protectorado deben hoy ser definidas e interpretadas de acuerdo con la Constitución que exige interpretar, no lo olvidemos, el ordenamiento jurídico desde la idea de la libertad y no desde el recelo o restricción. No obstante, el límite del contenido legítimo de la acción del Protectorado es sumamente difícil de fijar *a priori*.

#### 11.4 Naturaleza jurídica de la actividad del Protectorado

La intervención de los poderes públicos en las fundaciones se fundamenta en los fines que éstas persiguen. Si las fundaciones deben perseguir fines de interés general, parece lógico que la Administración Pública intervenga para verificar que este interés está presente en el funcionamiento de la fundación. Este criterio se refleja en la sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo:

*“(...) las leyes pueden prever 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”.*

La jurisprudencia ha configurado la naturaleza jurídica del protectorado, desde una perspectiva clásica, como la de un órgano de control y fiscalización, configurándolo como actividad administrativa de policía<sup>287</sup>.

También la doctrina, en términos generales, confiere a la función del protectorado una naturaleza de policía administrativa y al mismo tiempo, de fomento. Aparece así dividida entre aquellos que abogan por su desaparición, por considerar que la figura

---

<sup>285</sup> Entre otros, PIÑAR MAÑAS, José Luis y REAL PÉREZ, Alicia en *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador...* op. cit. Págs. 182-183

<sup>286</sup> Siguiendo a PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Régimen Jurídico de las fundaciones en la nueva Ley española de Fundaciones y Mecenazgo” en *Cuadernos de Derecho Judicial. Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995. Pág. 371.

<sup>287</sup> STC 164 de 29-10-1990; STS de 12-12-1963, de 17-4-1979, de 28-9-1984 y de 31-5-1985

del protectorado vulnera el artículo 34 de la Constitución,<sup>288</sup> y los que afirman que representa más una actividad de fomento de la Administración que de policía<sup>289</sup>. En esta segunda tesis destaca la opinión de aquellos que consideran que la naturaleza jurídica de la función del protectorado no puede identificarse con la idea de policía, sino que es más correcto hablar de tutela, entendiendo por ésta no una técnica para completar una supuesta capacidad insuficiente de las fundaciones sino una técnica de fomento o de protección y de control en positivo<sup>290</sup>. De hecho, en estos momentos, cualquier intento de configurar el protectorado como actividad exclusiva de vigilancia, no encaja ni con el texto Constitucional ni con la reformulación de funciones que efectúa el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, potenciando las de apoyo y asesoramiento.

No obstante, la importancia del protectorado radica en el alcance de sus atribuciones, ya que controla los actos de las fundaciones desde su nacimiento, durante su vida, e incluso, después de su extinción, en la fase de liquidación de sus bienes. En opinión de gran parte de la doctrina, la institución del protectorado sigue siendo necesaria por dos importantes razones: las fundaciones carecen de titular y persiguen fines de interés general<sup>291</sup>.

La función del protectorado no puede ser posterior. El carácter propio de las fundaciones justifica que exista una intervención pública distinta de la prevista para la generalidad de organizaciones privadas.

Sea el control represivo o preventivo, discrecional o reglado, administrativo o judicial, siempre supondrá una limitación al ejercicio de lo que ahora se configura como el derecho de fundar y, en consecuencia, una limitación a su titular, el fundador. Aquí, sin duda, encontramos la manifestación más evidente de la tensión existente entre la voluntad del fundador y el control; entre el alcance de aquella como elemento esencial del derecho de fundación y los límites que éste implica<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> PARADA VÁZQUEZ, José Ramón; (1993) "Las fundaciones desde el Derecho Público", en *Boletín de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, núm. 4, verano-otoño, 1993

<sup>289</sup> CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; "La constelación de las entidades No Lucrativas: El Tercer Sector" en *El sector no lucrativo en España*, Colección Solidaridad núm. 5, Madrid 1993. Fundación ONCE. Escuela Libre Editorial.

<sup>290</sup> DE LORENZO GARCÍA, Rafael; "La organización y atribuciones del Protectorado". *Las fundaciones. Desarrollo Reglamentario de la Ley*. Fundación Alfonso Martín Escudero. Editorial Dykinson. Madrid, 1997.

<sup>291</sup> GARCÍA ANDRADE, Jorge; "La Fundación. Un Estudio Jurídico". Fundación ONCE - Madrid - 1997 - Colección Solidaridad - Nº 11 - pág. 34

<sup>292</sup> Siguiendo a PIÑAR MAÑAS José Luis y REAL PÉREZ, Alicia; *Derecho de Fundaciones y Voluntad del Fundador*. Marcial Pons. Madrid 200. Pág. 36.

La tutela administrativa tiene por objeto garantizar de modo continuado la legalidad de las actuaciones para lo que son necesarias unas potestades interventoras que no concurren en las funciones de mero control posterior o esporádico. No obstante, y llegado a este punto, cabe preguntarse por qué tradicionalmente la legislación sobre fundaciones atribuye esta función a la Administración Pública y no a los tribunales. Ante esta materia, la mejor respuesta es atribuir la elección del legislador a favor de la Administración Pública en coherencia con uno de los fundamentales principios informadores de la materia: la subordinación de los intereses particulares al interés general, en caso de conflicto.

La Carta Magna establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales (artículo 103,1), mientras que, por el contrario, la función jurisdiccional persigue la actuación del Derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso.

Es propio de la función jurisdiccional que opere con desinterés objetivo; es decir, que asuma la salvaguarda de los intereses particulares o generales de igual manera en virtud de los términos de la ley. La función jurisdiccional no prima unos intereses sobre otros *ex-ante*, a diferencia de la Administración Pública, a la que su naturaleza obliga a *“asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general”*.

### 11.5. Regulación del protectorado

El Preámbulo de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, señala que la regulación del Código Civil de Cataluña al respecto del protectorado se limita a una serie de disposiciones básicas referidas a describir sus funciones, a definir las entidades sujetas al mismo y a perfilar la medida de intervención temporal que puede ordenar la autoridad judicial a instancias del protectorado. Se consideró más adecuado que el desarrollo normativo de la institución se realizara mediante un texto independiente, sobre la base de que debían incluirse una serie de disposiciones de naturaleza esencialmente administrativa: así lo establece de forma expresa, la disposición transitoria cuarta.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña dedica su sexto y último capítulo (artículo 336-1 a 336-4) y la Disposición Transitoria Cuarta a la regulación del protectorado.

La pobre regulación del protectorado se admite en el propio Código que reconoce en el Preámbulo esta carencia.



*“(…) estas disposiciones básicas deben ser desarrolladas por otros instrumentos normativos que dada su naturaleza esencialmente administrativa, se ha considerado preferible que quedaran fuera del Código Civil”*

La Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil de Cataluña encargaba al Gobierno este desarrollo, ordenando la presentación de un proyecto de ley del Protectorado en el plazo de los seis meses posteriores a la entrada en vigor del Libro tercero del Código Civil de Cataluña. Este plazo finalizó el 2 de febrero de 2009. El gobierno tripartito, durante su legislatura, anunció su intención de aprobar un proyecto de ley. De hecho, unos meses después del escándalo originado por los abusos cometidos en el Palau de la Música Catalana, parece ser que posteriormente a que saliera a la luz pública este asunto, el Gobierno o, por lo menos el Departamento de Justicia, aceleró la redacción del anteproyecto de ley del Protectorado.

El caso Palau de la Música<sup>293</sup> puso nuevamente de actualidad a las fundaciones y especialmente el control que sobre ellas se ejerce; aunque aportaba escasas novedades en las propuestas de regulación, ya que en el proyecto se incluyeron medidas, en relación al protectorado, ya anunciadas en el documento que hicieron público, conjuntamente, el 16 de noviembre de 2009, los Departamentos de Economía, Justicia, y Cultura bajo el título *Medidas para reforzar el control de las subvenciones públicas y mejorar la transparencia*. Nuevamente estas medidas se adoptaron como reacción al caso Palau; y se recogieron hasta 16 propuestas- 5 sobre el protectorado- de reorganización normativa para posibilitar un mayor control sobre la participación pública en fundaciones privadas y las aportaciones que las Administraciones hacen a las mismas y a todo tipo de entidades mediante ayudas y subvenciones.

Estas medidas, en lo que atañe al protectorado, consistían básicamente en la información sobre la compatibilidad de cargos respecto a entidades vinculadas y la presentación de las cuentas de esas mismas entidades vinculadas. Además, se preveía la modificación del plan contable para incrementar la información que debe suministrarse al protectorado, incluyendo un mayor detalle de las subvenciones recibidas y los convenios de colaboración que puedan mantener con cualesquiera otras entidades<sup>294</sup>. Definitivamente, se incluyeron dos medidas genéricas: el fortalecimiento de los mecanismos de inspección ya regulados en el proyecto de ley y

---

<sup>293</sup> Siguiendo a LLOVERAS FERRER, Marc-R, “Notas a la nueva regulación de las fundaciones en el Código Civil de Cataluña”. *In Dret* 4/2008 octubre. Revista para el análisis del derecho

<sup>294</sup> A la modificación del Plan de Contabilidad de las Fundaciones y las asociaciones sujetas a la Generalitat de Cataluña nos hemos referido expresamente al tratar la Contabilidad, Auditoria y Plan de actuación de las Fundaciones durante el desarrollo del capítulo 9.

posteriormente en la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública; y el impulso en la creación de órganos de control interno.

El 17 de abril de 2010 se publicó, en el Boletín del Parlamento de Cataluña, el Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, aprobado por el gobierno tripartito el 23 de marzo de ese mismo año. El pasado 31 de diciembre de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública.

La norma citada regula no sólo el contenido y alcance de las funciones del protectorado sino también el régimen jurídico que le es aplicable, otorgándoles nuevas funciones de supervisión y de inspección. A pesar de que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas regulaba aspectos de la institución, era necesario el desarrollo legal específico de aspectos administrativos que no podían tener cabida en el Código Civil de Cataluña.

No obstante, y aunque el primer Proyecto de Ley del Protectorado no representó una reacción ante el caso Palau, por cuanto, a nivel normativo, su impacto se produjo sobre un texto ya en redacción y a mayor abundamiento sobre una institución ya existente regulada en la anterior legislación y reforzada en el Libro tercero, sin duda, la polémica acerca de si el protectorado puede sancionar a aquellas fundaciones que cometan infracciones tipificadas en el texto legal recibió un espaldarazo legitimador a partir de este caso. El proyecto presentado en su día pretendía cumplir una doble finalidad: por una parte regular cuidadosamente las funciones del protectorado y, por otra parte, fijar las medidas dirigidas a incrementar la transparencia del funcionamiento de las entidades así como la adecuación registral a la realidad del mundo fundacional.

Aunque con la nueva Ley del Protectorado se pretende dar respuesta al mandato del legislador contenido en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, regulando las potestades del protectorado y su régimen jurídico, la Ley, incorpora medidas para potenciar la transparencia de las actividades de estas entidades.

El protagonismo que habían adquirido las fundaciones en los últimos tiempos, respecto a la prestación de todo tipo de servicios, comportaba que la información con la que trabajaban fuera cada vez más compleja; pero, a la vez, evidenciaba la necesidad de incrementar las funciones de soporte y de asesoramiento por parte de la

Administración, y hacía necesario el incremento de mecanismos de supervisión y control, a los efectos de poder garantizar tanto el cumplimiento de la voluntad fundacional como el buen uso de los recursos públicos que a menudo a ellas se destinan, mediante ayudas, subvenciones y de las donaciones o las aportaciones periódicas que muchos ciudadanos realizan a favor de las mismas.

Por todo ello, era necesaria una regulación que respetara la autonomía de gestión y funcionamiento de estas entidades y que les permitiera una actuación ágil y eficiente, en la que el rol del protectorado tuviera las potestades debidas para alcanzar los fines pretendidos.

La Exposición de motivos del Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y Asociaciones de Utilidad Pública justificaba la razón de su existencia y ponía ya en evidencia la insuficiencia del marco normativo vigente en orden a verificar el uso adecuado del patrimonio a las finalidades fundacionales por parte de las fundaciones. El Preámbulo de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública también expone como hasta el momento la regulación que el Código Civil hace de protectorado se circunscribía a unas disposiciones básicas, únicamente limitadas a determinar la organización, el ámbito de actuación y las funciones básicas. Esta mínima regulación aconsejaba dedicar una disposición independiente a la completa regulación del protectorado.

La Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública incorpora mecanismos de control interno y fomenta la autorresponsabilidad de las entidades para conseguir una mínima intervención por parte de la Administración.

Las principales novedades que introduce esta ley son:

- La Administración de la Generalitat de Catalunya tiene atribuida la función de seguimiento de las asociaciones declaradas de utilidad pública, añadiendo ahora funciones de verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la declaración responsable: cuyo incumplimiento puede desembocar en un procedimiento de revocación de esta declaración.
- Esta ley instaaura una nueva potestad en este ámbito: la sancionadora como reza la Ley, con la intención de que actúe como mecanismo disuasorio de aquellas conductas contrarias a las obligaciones administrativas. Así, se

tipifican todas aquellas conductas infractoras en las que más a menudo incurrir las entidades

La ley articula también una serie de medidas:

- Medidas de fomento de los controles internos en el seno de las entidades y de responsabilidad de los patronos. La nueva normativa hace responsables a los miembros del órgano de gobierno y las personas que ejercen funciones de dirección de las infracciones que pueden ocurrir, siempre y cuando su responsabilidad sea individualizable.
- Medidas dirigidas a incrementar la colaboración interadministrativa e institucional para coordinar las funciones de control y supervisión.
- Medidas que persiguen implementar una cultura de transparencia e imparcialidad y no discriminación, en garantía de los diferentes financiadores públicos y privados de las actuaciones de estas entidades

En cuanto a los mecanismos de supervisión:

- Por una parte, la Ley, otorga un marco regulatorio para la potestad inspectora determinando el ámbito y alcance de esta función y se regula el procedimiento
- Se incluyen medidas en el ámbito de la simplificación y racionalización administrativa.
- Se atribuyen al protectorado, facultades de inspección
- Se atribuye al protectorado facultades para verificar las cuentas anuales, verificar la correcta aplicación de los recursos económicos, verificar la conformidad de las declaraciones responsables, emitir requerimientos para corregir situaciones de incumplimiento; e incluso, facultades de suplencia y de nombramiento de patronos.
- Se incluyen medidas para potenciar la transparencia y regularidad de las actividades como la de informar sobre la acumulación de los cargos en los órganos de gobierno de las entidades vinculadas.
- Se implementan mecanismos para potenciar el uso de medios electrónicos en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Entre otros, y en materia de fundaciones, se atribuye a la Oficina de Gestión Empresarial funciones de actuación como ventana única de gestión de trámites y como organismo donde las fundaciones van a presentar las cuentas antes las diferentes instituciones y departamentos de la Generalitat de Catalunya. Otras medidas en el uso de los medios electrónicos permiten la tramitación, consulta

y colaboración interinstitucional por este conducto así como el control de subvenciones otorgadas o el envío electrónico por parte de los notarios de las escrituras.

En este capítulo analizaremos la regulación del protectorado desarrollada por el Libro tercero del Código Civil de Cataluña y analizaremos también, las nuevas aportaciones que introdujo en su día el Proyecto de ley de Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública y, finalmente la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública. Del mismo modo por su interés y quizás, por su influencia, mencionaremos algunas referencias del anterior proyecto de ley, presentado durante la legislatura del gobierno tripartito, denominado Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de Utilidad Pública. Con este exhaustivo análisis pretendemos valorar las aportaciones que introduce la nueva ley del protectorado de las fundaciones respecto a la transparencia en la gestión de las fundaciones.

### 11.6 Naturaleza Jurídica y Dependencia funcional del Protectorado

El protectorado, a diferencia del patronato carece de definición legal. Su regulación se inicia haciendo referencia exclusivamente al ejercicio de sus funciones que se enumeran con carácter general en el artículo 336-2,1 del Código Civil de Cataluña:

*“(...) el protectorado debe velar para que se cumplan las finalidades fundacionales, las disposiciones legales y los estatutos de las fundaciones y para que se respete la voluntad del fundador”.*

La definición del protectorado como tal, no venía recogida en la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña. No obstante, en el artículo 47 y, al definir la función básica, conformaba un precepto general próximo a la definición de la institución. Tampoco el artículo 15 de la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, definía propiamente la institución del protectorado.

La Ley estatal, 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones, opta, también, por definir al protectorado a partir de una función genérica.

*“(…) velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones”<sup>295</sup>*

Es preciso destacar que las funciones enumeradas en el artículo 336-2 del Código Civil de Cataluña no se ejercen, pese a tratarse de un protectorado único, bajo una estructura orgánica totalmente definida ni unitaria; ya que el protectorado no es un órgano administrativo, y sus funciones, de acuerdo con el artículo 336-1 del Código Civil de Cataluña aparecen adscritas directamente a un departamento de la Generalitat, que las ejerce mediante su propia estructura orgánica. Así, la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, recientemente aprobada, añade. respecto al proyecto presentado en su día por el gobierno tripartito, que en lo que atañe a las fundaciones especiales, será competente el Departamento asignado o también el competente en materia de Cajas de Ahorro en los términos establecidos por el artículo 67 del Texto refundido de la Ley de Cajas de Ahorro de Cataluña aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008 de 11 de marzo (Artículo 2,2 Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública).

En este sentido, también la ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones utiliza el mismo sistema, califica al protectorado como órgano y lo adscribe a la Administración General del Estado, que lo ejerce sobre las fundaciones de competencia estatal en la forma que reglamentariamente se determine. Se mantiene así, por el momento, el difuso modelo de protectorados ejercidos por los ministerios en función de la clasificación y adscripción de la fundación<sup>296</sup>. Sin embargo, existen otras leyes autonómicas de fundaciones que han modificado este sistema y califican como órgano administrativo al protectorado.<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> Artículo 34,1 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones

<sup>296</sup> Vid. Arts. 34,2 Ley de Fundaciones 50/2002 de 26 de diciembre y 40,1 Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, BOE núm. 279, de 22.11.

<sup>297</sup> Así es el caso de las leyes de fundaciones del País vasco (art. 36,1 de la Ley 12/1994, de 17 de junio de Fundaciones), Andalucía (art. 44,1 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía m)), Castilla-León (art. 32 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León, modificada por la Ley 12/2003 y por la Ley 2/2006)), CA. Valenciana (art. 28 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones, de la Comunidad Valenciana), Galicia (art. 47,1) de la Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de interés gallego) y La Rioja (art. 41.1 de la Ley 12/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

El protectorado, en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, continúa sin existir administrativamente y se mantiene como un conjunto de funciones que son ejercidas por cargos u órganos administrativos que actúan como protectorado.

El primer Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública<sup>298</sup>, presentado durante la legislatura del gobierno tripartito, mantenía la misma configuración del protectorado que la que había seguido el Código Civil de Cataluña, desaprovechando la ocasión para potenciar la institución y dar paso a la posibilidad de otorgar al protectorado una configuración con perfil propio dentro de la Administración y, quizás, incluso para una progresiva independencia de la misma<sup>299</sup>.

El Proyecto de ley de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública<sup>300</sup> y la nueva Ley del Protectorado de las Fundaciones<sup>301</sup>, adoptan ya una nueva configuración del protectorado y lo definen como el órgano de la Administración que tiene encomendada la función de velar por el

---

<sup>298</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña el 7 de abril de 2010.

<sup>299</sup> El Departamento de Justicia tiene atribuido el protectorado de fundaciones al tener atribuidas las competencias de la Generalitat en materia de fundaciones. Dentro de este Departamento es la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas la que tiene encomendadas las funciones en materia de fundaciones que correspondan a la Generalitat. Las últimas modificaciones estructurales del Gobierno de la Generalitat no han modificado este esquema; en este sentido, véase el artículo 3,7 d) del Decreto 421/2006, de 28 de noviembre, de creación, denominación y determinación del ámbito de competencia de los Departamentos de la Administración de la Generalitat de Cataluña (DOGC núm. 4771, de 29.11) y el artículo 6,1 a) del Decreto 166/2008, de 26 de agosto, de reestructuración parcial del Departamento de Justicia (DOGC núm. 5204 de 28.8) en el cual podemos encontrar la distribución y la organización de las funciones relativas al protectorado dentro del propio Departamento. Así se adscribe a la Subdirección General de Entidades Jurídicas la función de “*supervisar las actuaciones orientadas a garantizar el correcto ejercicio del derecho de fundación y el cumplimiento de las obligaciones legales*” (Art. 7.1 c) y de esta misma Subdirección General dependen los denominados *Registro y Asesoramiento de Entidades de Derecho Privado* y el de *Asesoramiento Económico y Acción del protectorado*. Estos servicios son pues los que realizan materialmente las funciones del protectorado, aunque no todas y sin que quede definido el ejercicio de las restantes, las cuales deberían quedar pues atribuidas de algún modo a los titulares de, como mínimo, la Subdirección y la Dirección General y el propio titular Departamento. Así el *Servicio de Registro y Asesoramiento* (vid. art. 8), del que depende la denominada *Sección de Publicidad Registral y Coordinación Administrativa* (vid. Art. 9) gestiona el registro de fundaciones, tramita los expedientes de las inscripciones registrales y los expedientes sancionadores resultado del ejercicio de la función del protectorado. Por su parte el *Servicio de Asesoramiento Económico y Acción del protectorado* (vid. Art. 10) tiene atribuidas, entre otras, las siguientes funciones de asesorar a las fundaciones y a las asociaciones en el cumplimiento de la normativa económica, inspeccionar y comprobar las cuentas, inspeccionar y comprobar el cumplimiento de las finalidades fundacionales y asociativas legalmente exigibles y proponer las resoluciones de autorizaciones y aprobaciones.

<sup>300</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, el 13 de enero de 2014

<sup>301</sup> Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública

recto ejercicio del derecho de fundación y asegurar que el funcionamiento de las fundaciones se ajuste a la legalidad vigente.

### 11.7 Ámbito de actuación

El ámbito de actuación del protectorado de la Generalitat de Cataluña (artículo 336-1,2 del Código Civil de Cataluña) incluye a:

*“(...) las fundaciones que se rigen por el presente Código” y “las delegaciones de fundaciones extranjeras establecidas en Cataluña si ejercen mayoritariamente sus actividades en Cataluña”.*

El ámbito de actuación es un fiel reflejo de las competencias de la Generalitat sobre fundaciones: la Generalitat ejerce el protectorado sobre las fundaciones que sean de su competencia, definida legalmente en el artículo 311-1 del Código Civil de Cataluña, que, de acuerdo con el artículo 118,2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, fija como criterio único el ejercicio de *sus funciones mayoritariamente en Cataluña*.

El Libro tercero del Código Civil de Cataluña, trató de ir un poco más allá en un intento de poder tener un cierto conocimiento y posibilidad de control sobre las actividades fundacionales que se desarrollen en el territorio de Cataluña por parte de fundaciones que no fueran de su competencia directa, y así establece el deber para las fundaciones extranjeras, estatales o de competencia de otra comunidad autónoma de establecer una delegación e inscribirla siempre que desarrollen actividades en Cataluña (artículo 336-1 del Código Civil de Cataluña).

Pero esta previsión originó una discrepancia competencial que fue objeto de un acuerdo que comportaba la derogación práctica del precepto. Con ello, y pese a no haberse reformado el texto legal, la aplicación del acuerdo comporta que el sistema de delegaciones sea- si es que puede mantenerse de algún modo- facultativo.

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

Debe, así, reafirmarse la competencia de la Generalitat de Cataluña sobre las delegaciones de las fundaciones extranjeras que ejerzan no ya mayoritariamente sino



regularmente sus actividades en Cataluña, dándose cumplimiento al criterio de atribución del artículo 118,2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, pese a que éste no las cite expresamente. Queda muy claro que estas delegaciones extranjeras quedan fuera de la competencia estatal, sobre la base de la legislación estatal. El artículo 7 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, instituye el deber de establecer una delegación pero se mantiene neutro sobre la atribución de la competencia al Estado o a las comunidades autónomas, al referirse a que deben inscribirse en el Registro de Fundaciones *“competente, en función del ámbito territorial en que desarrollan principalmente sus actividades”*.

Entonces se vuelve fundamental el artículo 36 de la misma Ley, que declara como fundaciones de competencia estatal

*“(…) a las delegaciones de las fundaciones extranjeras que actúen principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma, respecto de los bienes situados en España y de todas las actividades que realicen en el territorio nacional”*.

Y, por si alguna duda pudiera quedar, el artículo 11.b del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, BOE núm. 17 de 19 de enero, de 2008) deja fuera del Registro estatal por remisión al criterio fijado en el apartado a), a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o en más de una Comunidad Autónoma, confirmándolo en mayor medida el apartado c) al hacer obligatoria la inscripción de las fundaciones del sector público estatal con independencia de su ámbito de actuación. El artículo 32.c del mismo Reglamento establece la denegación de la inscripción de la delegación en el Registro estatal

*“(…) cuando la delegación de fundación extranjera no vaya a realizar sus actividades principalmente en todo el territorio español o en el territorio de más de una comunidad autónoma”*.

El Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, presentado por el gobierno tripartito, en su disposición adicional segunda contemplaba expresamente el deber de las fundaciones extranjeras que ejercieran mayoritariamente sus funciones en Cataluña, la obligación de establecer una delegación e inscribirla en el Registro de Fundaciones, como hemos visto anteriormente, de acuerdo con el contenido del artículo 336-1.2.b del Código Civil de Cataluña. Por otro lado, no obstante, mantenía el criterio del acuerdo citado al

referenciar el ejercicio mayoritario de sus funciones, que queda fijado como supuesto de alteración del ámbito de actuación, cosa que comporta, lógicamente, aunque quizá sólo sobre el papel, el traslado de protectorado

Además, el anterior Proyecto de ley de Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de Utilidad Pública preveía en su artículo 34, el recurso general a la colaboración entre las Administraciones Públicas, estatales o autonómicas, legitimando al protectorado para solicitar información y colaboración a las autoridades que ejerzan las funciones de protectorado, colaboración que era posible articular mediante convenios. La nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, no solo establece la posibilidad de convenios de colaboración entre las Administraciones Públicas estatales o autonómicas; sino que además introduce la colaboración con otras instituciones y corporaciones, así como la colaboración entre el protectorado y el órgano de supervisión de las asociaciones de utilidad pública, además, de conductos de colaboración permanentes con las corporaciones representativas de notarios y de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, con la finalidad de conseguir la necesaria coordinación al respecto de las respectivas competencias.

## 11.8 Funciones del Protectorado

La tutela del Protectorado sobre las fundaciones se ejercita a través de una serie de funciones concretas, en particular, el artículo 336-2, apartado primero del Código Civil de Cataluña, precisa una función básica, que en realidad define el sentido de la institución

*“(...) velar para que se cumplan las finalidades fundacionales, las disposiciones legales y los estatutos de las fundaciones y para que se respete la voluntad fundacional”*

A continuación, el apartado segundo del mismo artículo, establece las actuaciones concretas del protectorado en relación a la función básica establecida. Este artículo contiene así una enumeración de funciones que incluye, aunque, con leves modificaciones, las previstas en el artículo 48 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, a las que añade únicamente dos menciones de funciones dispuestas ahora en el artículo correspondiente pero que ya estaban igualmente previstas en la legislación anterior, e integrables mediante la cláusula residual

(artículo 48 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña y artículo 336-2.2.i) del Código Civil de Cataluña).

Las funciones que se incorporan son la de la legitimación para interponer la acción de responsabilidad contra los patronos- ya prevista en el artículo 21.3 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña - y la mención expresa de las funciones de suplencia- prevista también en el artículo 3.2 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña-. Ambos apartados se complementan de tal manera que es posible afirmar que el apartado segundo del artículo 336-2 del Código Civil de Cataluña viene a ser un desarrollo casuístico de las genéricas funciones inmanentes al propio concepto de protectorado a que se refiere el apartado primero del mismo artículo.

Del análisis del artículo se desprende que el protectorado ejerce muchas y muy diversas funciones, y aun cuando se han relajado las de control – especialmente, en cuanto se refiere a los controles previos o preventivos –, hoy día aparecen como más importantes, los de apoyo y asesoramiento. Los términos de la Ley confirman cuanto dijimos sobre la naturaleza tutelar del protectorado: los poderes públicos no tienen encomendada la función de velar por el recto ejercicio de los derechos sino, a lo sumo, corregir el mal ejercicio de aquellos. Precisamente para garantizar el recto ejercicio, es necesaria una intervención y un sometimiento en una relación especial de poder como la que existe para las fundaciones, Esta relación no se da en otras entidades privadas.

De hecho, esta función se había explicitado en la ley 3/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, pero desapareció en la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña- como recordaba su Preámbulo: “*El Protectorado pierde funciones de fiscalización...*”- Hoy, atendiendo la vinculación de las fundaciones al cumplimiento de finalidades de interés general, se hace necesario ampliar el régimen de intervención administrativa.

Las novedades propias se limitan a la reintroducción de la potestad inspectora y a la legitimación del protectorado para impugnar los actos y acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos o que lesionen el interés de la fundación.

La primera y principal atribución del Protectorado es velar para que se satisfaga el interés general propio de las fundaciones y el cumplimiento de las finalidades fundacionales. El cumplimiento de esta función básica del protectorado implica el respeto, siempre y en todo caso, de la voluntad de las personas fundadoras y de las disposiciones legales y estatutarias. Y es, en desarrollo de esta misión, como tiene

asignada el protectorado, como función básica por la que se establecen el resto de funciones, algunas recogidas en el artículo 336-2.2 del Código Civil de Cataluña y otras dispersas por todo el Libro tercero y que podemos circunscribir en cuatro apartados:

- Relativas al impulso y asesoramiento de las fundaciones (artículo 8 de la Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública)
- Relativas a registro (artículo 9 de la Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública)
- Relativas a la supervisión (artículo 10 de la Ley Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública)
- Relativas a la suplencia y al nombramiento de los patronos (artículo 11 de la Ley Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública)

El artículo 336.2.2 i) del Código Civil de Cataluña mantiene una cláusula residual de cierre que atribuye al Protectorado aquellas otras funciones establecidas por la ley, y que sirve tanto para las funciones recogidas en el mismo Código en otros artículos - que este artículo ya no reproduce, sea por omisión o, dándolas por supuestas- como para otras leyes que puedan hacer referencia al protectorado.

Con ello, se pretendía ofrecer la oportunidad que la tan esperada ley del protectorado pudiera añadir todavía alguna función más, algo que hace también la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública a través de la inclusión de su propia cláusula residual<sup>302</sup>; y que, a nuestro parecer, constituye una manifestación más del intervencionismo en detrimento de la autonomía de la voluntad.

Parece existir una cierta flexibilización del control sobre la gestión patrimonial; pero, en realidad esta bonanza es más aparente que real, ya que el control del protectorado es fuertemente intervencionista y, además, puede incrementarse con el desarrollo de las funciones y la potestad de inspección prevista. Esta actitud intervencionista se aprecia con total claridad con el establecimiento de un régimen sancionador categórico.

---

<sup>302</sup> Artículo 10 o) Ley del protectorado de las fundaciones y de verificación de las actividades de las asociaciones declaradas de utilidad pública.

La citada norma regula el contenido y alcance de las funciones del protectorado y del órgano de supervisión de las asociaciones declaradas de utilidad pública, así como también el régimen jurídico que le es aplicable otorgándoles nuevas funciones de supervisión e inspección.

#### **11.8.1 Funciones relativas al asesoramiento y soporte**

Las funciones de asesoramiento están recogidas en el apartado c) del artículo 336-2.2 del Código Civil de Cataluña bajo la siguiente fórmula:

*“(...) asesorar a las fundaciones para el cumplimiento de las finalidades fundacionales y a los órganos de gobierno para el cumplimiento de sus obligaciones”.*

En este caso, la ley reconoce las actividades de asesoramiento llevadas a cabo por parte del protectorado del mismo modo que hacia el artículo 48 c) de la Ley 5/ 2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña, y fija prácticamente un derecho para las fundaciones a ser asesoradas de un modo muy amplio. En línea directa con el artículo 9,3 de la Constitución, el protectorado debe promover las condiciones para que la libertad de fundar sea real y efectiva, para lo que debe ser bien entendida la labor del protectorado, desde esta perspectiva, como una labor promotora del derecho del fundador, también deberá ser derrocado cualquier obstáculo que dificulte su ejercicio. Como el titular del derecho de fundación es el fundador y no el patronato, la actividad de este órgano puede y debe ser sometida a algún tipo de control, siempre y cuando con ello no se entorpezca el derecho de fundación.

Nada se dice al tratar las funciones de registro, respecto al asesoramiento por parte del protectorado de aquellas fundaciones en proceso de constitución, o para las personas, físicas o jurídicas, con voluntad de constituir una fundación, como hace la Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre en el artículo 35. b) y la práctica totalidad de las leyes autonómicas<sup>303</sup>, lo que a nuestro parecer resulta criticable. También hubiéramos considerado pertinente, haber incluido el impulso, fomento o la difusión de las actividades de las fundaciones, como recoge el artículo 3.d) de la Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y algunas leyes autonómicas.

---

<sup>303</sup> Artículos 36.2 a de la Ley de Fundaciones del País Vasco; 28.2b de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid; 48.1a de la Ley de Fundaciones de Galicia; 45.a de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 29.c de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana; 35.a de la Ley de fundaciones Canaria; Art. 43 de la Ley de Fundaciones de La Rioja y Art. 33.2 de la Ley de Fundaciones de Castilla y León.

El artículo 3 del primer Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de Utilidad Pública<sup>304</sup> empezaba reproduciendo el artículo 336-2.2 c) del Código Civil de Cataluña, relativo al asesoramiento de las fundaciones para el cumplimiento de las finalidades fundacionales, y a los órganos de gobierno, respecto del cumplimiento de sus obligaciones; y a continuación, se completaba con la información y el asesoramiento para la constitución de fundaciones o fondos especiales (artículo 3.b), para el fomento de las fundaciones, dando a conocer su existencia y las actividades, y para su difusión, a partir de la promoción de la actividad fundacional, impulsando la participación social o individual en el desarrollo del derecho de fundación (artículo 3.c y d).

Además, su apartado e) incluía también el fomento de la mediación para solucionar los conflictos que pudieran producirse en los órganos de gobierno de las fundaciones, entre los patronos, colaboradores o beneficiarios. La llamada a la mediación no marca como tal ninguna función, sino que nos indica un posible modo de proceder por parte del protectorado. Así, puede observarse como en este punto, el proyecto estaba influenciado por la reciente aprobación de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado y que pese a dirigirse fundamentalmente a la mediación familiar, incluye expresamente los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y las fundaciones (artículo 2.2.a). Por otra parte, el protectorado también puede recurrir a la mediación tal y como contemplaba el primer proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de Utilidad Pública, del año 2010, con una concepción diferente cuando se trate de intentar impedir o aminorar una sanción a la fundación (artículo 25).

La ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública recoge las funciones de asesoramiento, remitiéndose al Código Civil, en sus mismos términos, sin citarlas expresamente; y, añade un segundo apartado, en el que se contempla una nueva función del protectorado en relación con el asesoramiento de las fundaciones. Esta nueva función consiste en evacuar las consultas de interés general que le puedan hacer las personas que tengan un interés legítimo cuando no supongan una precalificación de actos, negocios y documentos.

### **11.8.2 Funciones relativas al registro**

Como funciones de registro encontramos en primer lugar,

---

<sup>304</sup> Proyecto de ley admitido a trámite el 6 de abril de 2010 y publicado en el BOP el 7 de abril de 2010.

*“Resolver las solicitudes de inscripción de las fundaciones, de los fondos especiales y de las delegaciones de fundaciones extranjeras que deban establecerse en Cataluña”.* (Artículo 336-2.2. apartado a del Código Civil de Cataluña)

Y en segundo lugar,

*“Llevar el Registro de Fundaciones.* (Artículo 336-2.2.apartado b del Código Civil de Cataluña).

El control público sobre las fundaciones se manifiesta, en primer lugar, sobre el ejercicio mismo del derecho de fundación. Entre las varias opciones posibles, el legislador catalán se ha inclinado por la exigencia de una decisión pública para que la fundación pueda entenderse válida y plenamente constituida. La constitución de las fundaciones se hace depender de la necesaria inscripción en el Registro correspondiente, inscripción de la que, además, depende la adquisición de la personalidad jurídica de la fundación. A partir de la configuración de este sistema, observamos que la voluntad del fundador sólo será eficaz si la supervisión inicial se supera.

De acuerdo con algunas opiniones doctrinales, resulta más coherente con el artículo 34 de la Constitución, dejar en manos del fundador, la creación de la persona jurídica fundacional de modo semejante a lo previsto en la vieja Instrucción de 1899 para las fundaciones asistenciales. La fundación quedaría así válidamente constituida por la sola voluntad del fundador, válidamente expresada en Derecho. No obstante, el sistema de inscripción necesariamente no puede ser considerado contrario a la Constitución<sup>305</sup>.

La ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, señalaba en su artículo 6,2:

*“(..) Las fundaciones alcanzan la personalidad jurídica con la inscripción de la Carta Fundacional en el Registro de Fundaciones”.*

Esta forma en nada alteraba la anterior regulación que, para las fundaciones catalanas establecía la Ley 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, en la que también exigía el otorgamiento de la Carta Fundacional en escritura pública y se condicionaba la validez de aquella a su inscripción en el Registro de Fundaciones.

---

<sup>305</sup> PIÑAR MAÑAS José Luis y RÉAL PÉREZ, Alicia; Derecho de fundaciones y voluntad del fundador. Marcial Pons. Madrid 2000. Págs. 189-19

La primera función de registro que señala el artículo 336-2.2 apartado a del Código Civil de Cataluña, consiste en la función de:

*“(...) resolver las solicitudes de inscripción de las fundaciones, de las delegaciones de fundaciones extranjeras que deban establecerse en Cataluña y de los fondos especiales”.*

Esta función amplía la regulada anteriormente en el artículo 48.a) de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, que se limitaba

*“(...) a resolver las solicitudes de inscripción de las fundaciones”*

Este artículo cita ahora ya, expresamente, los otros supuestos de inscripción previstos en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, como la inscripción de las delegaciones de las fundaciones extranjeras, mientras que en la anterior legislación era suficiente su mera constancia (artículo 49.i Ley de Fundaciones 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña).

Se observa la omisión de las delegaciones previstas en el artículo 311-9.1 y en el 315.1 del Código Civil de Cataluña, aunque podría entenderse superada al haberse derogado en la práctica su deber de inscripción de acuerdo con la Resolución de 30 de enero de 2009<sup>306</sup>. No obstante, pese a que no se incluyen como tal, ni tampoco se incluían en la disposición adicional segunda del Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública del gobierno tripartito; el artículo 4.1.a) del mismo parecía inducir de nuevo a confusión, al referirse de modo más genérico y parecido al texto inicial del artículo 311-9.1 del Código Civil de Cataluña a:

*” Las delegaciones de entidades reguladas por otras leyes que deban inscribirse en Cataluña”*

Sólo afectaba a aquellas delegaciones de fundaciones extranjeras que ejercieran fundamentalmente sus funciones en Cataluña.

---

<sup>306</sup> La Resolución 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 4/2008, de 24 de abril que aprueba el Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, y que señala como tanto la Administración General del Estado, como la Generalitat, coinciden en interpretar que el artículo 311-1.1d) únicamente se refiere a la aplicación de las disposiciones del Libro Tercero a las personas jurídicas reguladas en el Libro Tercero.



El artículo 9,1 a) del nuevo Proyecto de ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública se pronuncia en iguales términos que el anterior en relación a esta cuestión.

No obstante, para aquellas inscripciones que pudieran producirse de modo facultativo, puede entenderse suficiente lo previsto en el artículo 311-9.4 del Código Civil de Cataluña, a pesar de no aparecer mencionadas en este artículo.

Por lo que se refiere a los fondos especiales, ya el artículo 49,1 de la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña establecía que debían constar en el Registro, pero el artículo 334-2.2 del Código Civil de Cataluña va más allá y les impone las formalidades requeridas para la constitución de una fundación. El artículo 334-8 del mismo texto legal les impone, además, la obligación de la inscripción en el Registro de Fundaciones.

La inscripción de las fundaciones en el Registro deberá ser solicitada por los patronos en virtud de lo establecido en el artículo 331-10 del Código Civil de Cataluña. No obstante, el Código prevé que el protectorado podrá ejecutar la inscripción en funciones de suplencia (artículo 331-11 del Código Civil de Cataluña,). Una vez la fundación se inscribe en el Registro se cumple el requisito establecido para la adquisición de la personalidad jurídica (artículo 311-2 del Código Civil de Cataluña). La resolución sobre la inscripción comporta únicamente un control de legalidad que verifica el cumplimiento de los requisitos fijados legalmente para su válida constitución.

No obstante y llegado a este punto, es preciso destacar que el sistema elegido puede plantear problemas que derivan, en gran parte, de la confusión existente en la ley entre funciones del protectorado y funciones de registro. Ello se debe a que una competencia atribuida al protectorado: resolver las solicitudes de inscripción de las fundaciones, de los fondos especiales y de las delegaciones de fundaciones extranjeras, condiciona la inscripción de las fundaciones y, consiguientemente, su constitución. En consecuencia, nos encontramos ante la interferencia más intensa de cuantas experimenta el fundador, al depender de una decisión administrativa el ejercicio del derecho de fundación puesto que sólo si la decisión es favorable, la inscripción es posible y, sólo en este caso, la fundación adquiere personalidad jurídica.

En este sentido, el protectorado deberá verificar los requisitos de la escritura pública y el contenido mínimo de la carta fundacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 331-4 del Código Civil de Cataluña. La fundación deberá aportar también los estatutos, que, a su vez, deben recoger un contenido mínimo (artículo 331-9 del

Código Civil de Cataluña), la dotación (artículo 331-5 del Código Civil de Cataluña) y su aportación (artículo 331-6 del Código Civil de Cataluña), de la que se exige expresamente título y la designación del patronato inicial. Debe constar además, un número suficiente de patronos que la acepte para poder constituirse y tomar acuerdos válidamente, de conformidad con lo que dispone el artículo 331-10.2 del Código Civil de Cataluña.

La verificación de todos estos requisitos por parte del encargado del Registro se mantiene dentro del control de la legalidad, por estar regulado expresamente. Sin embargo, todo lo que hace referencia a las finalidades fundacionales y a las actividades que se propone a llevar a cabo la fundación se conforma como un elemento mucho más abierto y como una valoración que puede superar el control de legalidad y adentrarse en el de oportunidad.

Es preciso destacar que el anterior Proyecto de ley sobre el Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de Utilidad Pública atribuía al protectorado, entre las funciones de registro, el análisis de la viabilidad económica de las fundaciones, la adecuación de la dotación inicial y su idoneidad para el cumplimiento de las finalidades fundacionales. Sin embargo, consideramos que la valoración de esta función –que, a nuestro entender, podía generar cierta discrecionalidad en el proceso de inscripción, ya que se trataba del proyecto de viabilidad económica para los dos primeros años de funcionamiento de la fundación y que no aparece como un requisito de la carta fundacional pero sí consta como requisito para la inscripción en el Registro, en virtud de lo dispuesto en el artículo 331-7 del Código Civil de Cataluña -carece de criterios establecidos legalmente y se trata, por lo tanto, de un control no suficientemente reglado. La Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública elimina la mención de tal función, con carácter expreso, entre las funciones de registro. No obstante, contempla entre las funciones de registro un supuesto donde sin podría encuadrarse

*“e) Recibir la información de los actos con transcendencia económica que las fundaciones han de comunicar de acuerdo con el Código Civil de Cataluña”*

Mientras que, desde el punto de vista económico parece contradictoria la exigencia de un proyecto de viabilidad con la obligación de aportar una dotación mínima. Por otro lado, esta previsión es una buena medida que conecta con los principios de

transparencia y profesionalidad y contribuye a garantizar una cierta solvencia del concreto apoyo fundacional sometido a inscripción<sup>307</sup>.

Además de la función de resolver las solicitudes de inscripción de las fundaciones, el artículo 336-2.2.b del Código Civil de Cataluña asigna como una de las funciones del protectorado la de “llevar el Registro de Fundaciones”, que implica, de conformidad con el artículo 315-1 del Código Civil de Cataluña, las funciones de calificación, inscripción y certificación además de poder comportar la de depósito de cuentas y otros documentos.

La Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, en el artículo 9, además de reproducir las funciones que señala el artículo 336-2 del Código Civil de Cataluña al respecto de la resolución de las solicitudes de inscripción, parece querer desmenuzar la función de “llevar el registro”, que ahora no cita en tales términos pero que pretende disgregar en las siguientes funciones: *“calificar el contenido de los actos inscribibles de acuerdo con lo que resulta de los documentos en virtud de los cuales se solicita la inscripción y los asientos registrales”*; *“resolver las solicitudes de las modificaciones de estatutos, fusión, escisión y, cuando corresponda, la disolución de las fundaciones y de sus fondos especiales”*; *“certificar y emitir notas simples informativas sobre los asientos registrales”*; *“garantizar el acceso efectivo a los datos del registro”* y, finalmente *“el resto de actos a los que hace referencia el artículo 315.2 del Código Civil de Cataluña”*, que produce una dicotomía de funciones a la que anteriormente nos hemos referido,

### **11.8.3 Funciones de supervisión y tutela**

El artículo 10 de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, en su apartado a), reproduce parcialmente el contenido del artículo

---

<sup>307</sup>En opinión de MUÑOZ PUIGGRÓS, Xavier. Abogado de la GENERALITAT, Miembro Del Pleno de la Comisión de Codificación de Cataluña en “Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador”. (Diario La Ley nº 7003, Año XXIX, 2 Sep. 2008, ref. D-249. Pág. 1846- 1850. El plazo ideal hubiera sido el de tres años (tal y como constaba en el proyecto aprobado por el Gobierno de la Generalitat), ya que un plazo de tres años es el mínimo para valorar la solvencia y perspectivas del proyecto fundacional. La información que se pueda dar con respecto a los dos primeros años no resulta del todo fiable, toda vez que ésta se centra, básicamente en el posicionamiento de la fundación en el sector y muchas veces, éste consiste en pedir ayudas, subvenciones, patrocinios. Por lo tanto, es precisamente, en las previsiones del tercer año, donde podremos ver cuáles son los proyectos que se configuran como una actividad normalizada de la fundación

336-2.1 y del artículo 336-2.2 del Código Civil de Cataluña, aunque en un lenguaje fundacional, cuando recoge entre las funciones de control,

*“velar para que las fundaciones actúen con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de beneficiarios”*

El artículo 10 de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública tan solo contempla, como principal novedad, un nuevo apartado que es el que hace referencia a la verificación de los datos de las declaraciones responsables. Lo hace prácticamente en los mismos términos en que el gobierno tripartito<sup>308</sup> redactó el primer proyecto de ley del protectorado de fundaciones y de las asociaciones declaradas de utilidad pública.

A nuestro parecer, resultaba un tanto sorprendente que el Proyecto de ley de Protectorado de las fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública<sup>309</sup> hubiera variado, en gran parte su contenido, respecto del proyecto anterior, en relación a las funciones de supervisión y tutela; así como que redujera tan solo a tres apartados estas funciones (artículo 10,1), también y, a diferencia del proyecto anterior; éste último, en su artículo 5, efectuaba un detallado desglose de tales funciones, a pesar de que, a diferencia del artículo 336-2 d) del Código Civil de Cataluña, no dotaba a la fundación de contenido material que determine los instrumentos mediante los cuales va a llevar a cabo el control sobre la fundación, como sí lo hace el Código con los siguientes instrumentos

*“mediante la verificación de las cuentas anuales y el ejercicio de la potestad de inspección de acuerdo con la ley”*

De este modo, una vez constituida la fundación, el control del protectorado se proyecta sobre su actividad ya no se trata entonces, de que las Administraciones Públicas determinen la validez del ejercicio de un derecho por su titular, el fundador, sino de comprobar que su voluntad, válidamente expresada, se respeta y, se cumplen los fines de interés general que aquélla debe perseguir. El ejercicio de esta función del protectorado acompaña a la fundación durante toda su vida, desde la supervisión de las actividades que tienen que ver con las finalidades fundacionales hasta la supervisión del proceso de extinción de la fundación, pasando por el control

---

<sup>308</sup> Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, publicado en el BOP, el 7 de abril de 2010.

<sup>309</sup> Proyecto de ley del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública publicado en el BOP el 13 de enero de 2014

patrimonial, de la gestión económica y de los cambios en la organización institucional de la fundación

En este sentido, es posible articular, al menos, dos tipos de control: un control previo de las actividades y decisiones de la fundación, y un control *a posteriori*. El control previo admite modalidades distintas que suponen diferentes grados, y que bien pueden consistir en una simple comunicación o notificación previa a la Administración de la actividad que el interesado se propone desarrollar, que puede o no ir seguida de una obligación de inscripción en un registro público, o bien puede tratarse de una autorización previa para la realización de operaciones sujetas a esta autorización.

La ley estatal ha optado con carácter general hasta 1994, por el control previo. Al contrario, las legislaciones autonómicas, como es el caso de la catalana, se han inclinado por el control *a posteriori*. En esta materia, la nueva Ley 4/2008, de 24 de abril del libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas, se aparta del proyecto aprobado en su día por el gobierno y no exige, por lo general, la autorización del protectorado para realizar actos dispositivos salvo en el caso de los bienes que integran la dotación y los destinados directamente al cumplimiento de las finalidades fundacionales, que sólo pueden ser enajenados a título oneroso y respetando las condiciones impuestas por el fundador o los aportantes. En el caso de que se trate de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles y bienes muebles de valor extraordinario, se debe comunicar al protectorado<sup>310</sup>.

Algún autor, sostiene que la exigencia de esta autorización habría evitado abusos que a veces se dan con la especulación de los bienes rotacionales<sup>311</sup>. No deja de ser éste un elemento destacable, ya que algunas de las irregularidades que últimamente ha detectado el protectorado lo han sido, precisamente, gracias al control previo de operaciones de venta efectuadas por parte de fundaciones sometidas a la antigua Ley de 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas, que en este punto era mucho más exigente. Con estos controles se han podido detectar, en algunos casos, ventas por debajo de los precios de mercado y, sobre todo, ventas totalmente injustificadas que no respondían a ningún criterio de mejor cumplimiento de fines.

---

<sup>310</sup>El artículo 333-1 del libro tercero del Código Civil de Cataluña, modificado por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de modificación del libro tercero del Código Civil de Cataluña considera como bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o bienes muebles de extraordinario valor, aquellos cuyo valor de mercado supere los 15.000 euros.

<sup>311</sup>Según opinión de MUÑOZ PUIGGRÓS, Xavier. Abogado de la GENERALITAT, op. cit. Pág. 1846-1850.

Según algunos autores, la intervención preventiva del protectorado en esta materia hubiera sido posible teniendo en cuenta la figura del silencio positivo que el proyecto gubernamental establecía para el caso de que el protectorado no diese puntual y rápida respuesta, alegando acertadamente, que el control *a posteriori* no soluciona el problema, y que no es posible que esta medida pueda suponer una traba en relación al tráfico mercantil de las fundaciones<sup>312</sup>.

El artículo 21 de la Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones establece que los actos de enajenación onerosa o gratuita, o de gravamen, de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o de los directamente vinculados al cumplimiento de las finalidades fundacionales requieren autorización del protectorado que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada.

Admitido el control sobre la fundación por parte del protectorado en aras a garantizar por un lado el cumplimiento de los fines por parte de la fundación y por otro el respeto a la voluntad del fundador, se implantan algunos requisitos:

- El control ha de conformarse como garantía del cumplimiento de la voluntad del fundador, para lo que se articularán sistemas que lo garanticen.
- El ejercicio del derecho de fundación se concreta en la posibilidad de instituir una fundación y en la garantía de que la persona jurídica así creada pueda cumplir sus fines, en desarrollo de la voluntad del fundador. En este sentido, los fundadores son los titulares del derecho, mientras que las personas que integran el órgano de gobierno de la fundación, de que sus decisiones queden sometidas a un control externo, como el que ejerce el protectorado.
- El control que ejerce el protectorado debe ser tal que evite cualquier contravención de la voluntad del fundador y la consecución de los fines generales que la fundación debe perseguir.
- El control del protectorado debe excluir, en la medida de lo posible, cualquier contenido discrecional.

No obstante, los instrumentos de control no serán exclusivamente éstos, sino que por el contrario, encontramos otros muchos distribuidos por el texto legal. Así, aunque, el anterior Proyecto de ley respecto del Protectorado de las Fundaciones y las

---

<sup>312</sup>Sigo el esquema apuntado en PIÑAR MAÑAS José Luis; "Régimen jurídico público de las fundaciones en la nueva Ley española de Fundaciones y Mecenazgo" en *Cuadernos de Derecho judicial Asociaciones, fundaciones y cooperativas*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995. Pág. 377 y ss.

Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, del gobierno tripartito, tenía un marcado carácter intervencionista, pueden citarse, entre otros ejemplos, la aprobación de las modificaciones estructurales, de los estatutos y la disolución de la fundación (apartado d del artículo 5 del Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de Utilidad Pública), el sistema de autorizaciones (apartado e del artículo 5 del Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública) , la legitimación del protectorado para interponer acciones de responsabilidad contra los patronos (apartado f del artículo 5 del Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública), la impugnación de acuerdos (apartado g del artículo 5 del Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública).

Todo ello quedó suficientemente reforzado en el Proyecto de Ley de 13 de enero de 2014, que no sólo contempla la potestad de inspección sino también la posibilidad ulterior de solicitar la intervención judicial o la intervención de la administración o institución competente, en el marco artículo 21 del Proyecto de Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, así como en el artículo 336-4 del Código civil de Cataluña, que otorga al protectorado, en los casos más graves, el control directo de la fundación.

También es preciso destacar que la misma fundación puede establecer mecanismos de control interno de acuerdo con sus estatutos (artículo 331-9 g) del Código Civil de Cataluña), e incluso el propio fundador o fundadores, en caso que se hayan reservado la facultad de designar, separar y renovar a los patronos y los cargos del patronato, de acuerdo con el artículo 332-4.4 Código Civil de Cataluña,

El artículo 25 de la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública atribuye al protectorado, en materia de supervisión, facultades de inspección y facultades para verificar las cuentas anuales, verificar la correcta aplicación de los recursos económicos, verificar la conformidad de las declaraciones responsables, emitir requerimientos para corregir situaciones de incumplimiento: incluso se le atribuyen facultades para ejercer funciones de suplencia y nombramiento de patronos, reforzado por las facultades inspectoras que contempla.

El artículo 5 del primer Proyecto de ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones declaradas de utilidad pública reproducía el artículo 336-2 Código Civil de Cataluña en su primer apartado letra a); pero se separaba del ejercicio de las

funciones de inspección, que pasaban a tener un apartado propio, recogido en la letra k) y una regulación detallada en los artículos 6 a 8 del Proyecto. El resto de funciones reproducían el texto del Libro tercero del Código Civil de Cataluña. La Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública evita la reproducción del artículo 336-2 del Código Civil de Cataluña y alude expresamente las facultades inspectoras que corresponden al protectorado de fundaciones.

No obstante, y a modo de síntesis, las principales novedades que introduce la Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública se limitan sustancialmente a las siguientes:

- La verificación de que los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a la consecución de las finalidades fundacionales (artículo 10 b) de la Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública).
- La potestad sancionadora en los términos establecidos por el Título V de la Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública; puesto que el resto de funciones, pese a no tener un apartado propio en el Libro tercero se encuentran implícitas en el texto legal.
- La emisión de requerimientos al patronato (artículo 10 j) de la Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública), previsto en los artículos 331-11.1 y 2, 332-6, 332-8.4, 335-2.3, 335-5.3 y 336-4.2 del Código Civil de Cataluña.
- El apartado c) del artículo 10.1 de la Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública que incorpora la función de *“comprobar que las fundaciones actúen con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios”* que se podría considerar implícito en el artículo 10.1 a) del mismo texto legal y, por supuesto, en el artículo 336-2.h del Código Civil de Cataluña, en el sentido que ahora se le quiere atribuir en el artículo 331-11 del mismo texto legal; ya que pese al valor simbólico positivo que puede comportar su inclusión, es un extremo que no deja de tener cabida en la función genérica de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales, al ser éste uno de los principios de actuación de las fundaciones incluido ya específicamente en el artículo 331-1.3 del Código Civil de Cataluña



Del análisis del proyecto presentado por el Gobierno de Convergencia i Unió y del anterior proyecto presentado por el gobierno tripartito podemos concluir que, mientras que el del gobierno tripartito, velaba con especial incidencia respecto de las funciones del protectorado que afectaban de forma más directa a la voluntad del fundador; el proyecto de ley presentado por Convergencia i Unió dedica un especial interés a velar para que las fundaciones actúen con criterios de imparcialidad y no discriminación en relación a los beneficiarios.

Respecto al análisis de las funciones de supervisión y control por parte del protectorado y a efectos de sistematización procedemos a enumerar dichas funciones en diferentes apartados.

- Funciones del protectorado en relación con el control de la administración y disposición de bienes de la fundación
- Funciones del protectorado en relación con el control del funcionamiento y actividad de las fundaciones.
- Funciones del protectorado en relación al control de la modificación, fusión o extinción de fundaciones.
- Funciones del protectorado en relación al órgano de gobierno de la fundación

#### ***11.8.3.1 Funciones en relación con el control de la administración y disposición de bienes de la fundación***

Hay que decir que las funciones del protectorado en este ámbito han sido revisadas notablemente en la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública.

Podemos destacar, en primer lugar, el control sobre el patrimonio y sus modificaciones que incluye el control sobre la dotación (artículo 23,2 k de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública), sobre los cambios de composición patrimonial y sobre las actividades desde un punto de vista económico (artículo 23.2 j) y l) y de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública); todo ello, con la finalidad de asegurar una correcta gestión económica con un doble objetivo: el mantenimiento de la dotación, evitando la descapitalización de la fundación y la generación de rentas u otras fuentes de financiación que deben aplicarse obligatoriamente a las actividades de la fundación, evitando en ambos casos posibles abusos por parte de fundadores, patronos y terceros.

Las normas del Libro tercero del Código Civil de Cataluña que establecen el alcance del control del protectorado sobre las fundaciones son imperativas. En consecuencia, el fundador no puede proscribir dicho control, ni siquiera alguna de sus manifestaciones, ni puede evitar ninguno de los controles administrativos concretos, cuyo establecimiento constituye un límite a la voluntad del fundador.

En consecuencia, si el fundador manifestase su voluntad contraria a dicha intervención del protectorado en el plano de la gestión económica de la fundación, su manifestación debería entenderse por no puesta, salvo que, en atención a las circunstancias del caso concreto, resulte evidente que el fundador no habría decidido fundar si hubiera conocido el carácter imperativo de la intervención del protectorado. Esto es así, porque en este caso, la fundación no podrá nacer por defecto sustancial en la declaración de voluntad, y de acuerdo con las reglas generales.

Idénticas reflexiones se pueden reproducir en relación con las cláusulas integradas en el negocio constitutivo o en los estatutos de la fundación que establezcan que el patronato no precisará de las autorizaciones regladas por la ley para disponer válidamente de bienes o derechos de la fundación. Otro tanto se puede reproducir también en relación con las cláusulas que pretendan establecer un régimen de destino de rentas e ingresos de la fundación diferente al establecido en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, por cuanto estos preceptos son imperativos.

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

Los instrumentos básicos de control que contempla el Código Civil de Cataluña son:

- El sistema de autorizaciones (artículos 336-2.f y 333-1.3 del Código Civil de Cataluña) y de comunicaciones para actos de disposición patrimonial (artículo 333-1.2 del Código Civil de Cataluña modificado por la Ley 7/2012 de 15 de junio de Modificación del Libro Tercero del Código Civil Cataluña, que señala como en caso de existir circunstancias excepcionales que impidan cumplir total o parcialmente con el deber de reinversión, el patronato ha de presentar una

declaración responsable al protectorado donde se haga constar que se dan estas circunstancias, y ha de aportar un informe suscrito por técnicos independientes donde se acredite la necesidad del acto de disposición y la las razones que justifican la no inversión ).

- La verificación de las cuentas anuales
- La inclusión de las entidades vinculadas
- El deber de comunicación

#### **11.8.3.1.1 Sistema de autorizaciones y comunicaciones para actos de disposición patrimonial**

Se trata básicamente de un control sobre la realización de todos aquellos actos que afecten al patrimonio de la fundación. Conviene matizar en relación a esta cuestión que el control que ejerce el protectorado lo es en relación al patrimonio en sentido amplio es decir, sobre la dotación y bienes dotacionales y sobre el resto del patrimonio que pueda tener la fundación.

Proyectado el control sobre todo el patrimonio y sobre cualquier acto dispositivo, parece lógico que se haya mantenido la intención de flexibilizar el régimen de este tipo de control para no imposibilitar la actividad de la fundación. Hoy, la autorización es sólo necesaria en los supuestos de enajenación o gravamen de los bienes y derechos en los siguientes casos: si el donante lo ha exigido expresamente, si lo establece una disposición estatutaria, si los bienes o derechos objeto de disposición se han recibido de instituciones públicas o se han adquirido con fondos públicos

En todos estos casos deberá solicitarse la autorización previa del negocio jurídico que debe ser además oneroso y respetar las condiciones establecidas por los fundadores o por los donantes de los bienes de los que se disponga. Estos dos requisitos, junto con el cumplimiento de lo previsto en los estatutos, son los que propiamente debe valorar el protectorado sin que parezca que pueda ir más allá o que entre a valorar la oportunidad económica de la operación. Si se dieran circunstancias excepcionales que impidan cumplir total o parcialmente el deber de reinversión, el artículo 333-1.2 Código Civil de Cataluña, según la redacción que ofrece la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil Cataluña impone al patronato el deber de presentar TANTO una declaración responsable ante el protectorado, que haga constar que se dan estas circunstancias, como la acreditación documental de la necesidad y la conveniencia de las operaciones que se vayan a realizar; mediante un informe suscrito por técnicos independientes que certifique la necesidad del acto de disposición y las razones que justifican la no reinversión así como que el destino que

se dará al producto que no se reinvierte está dentro de las finalidades de la fundación. Todas estas comprobaciones, suponen una actuación que el protectorado quizá no esté siempre en la mejor posición de valorar.

El informe se exige únicamente para bienes o derechos que integran la dotación o, en caso de inmuebles o derechos de valor singular directamente vinculados, siempre que las operaciones tengan una repercusión económica superior a 100.000 euros o al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado. Así, pese a la exigencia de autorización, se flexibiliza en parte la tramitación del informe para el resto del patrimonio.

La autorización requiere una resolución expresa del protectorado, que puede producirse por silencio administrativo positivo pasados dos meses a partir de la solicitud (artículo 333-1.7 del Código Civil de Cataluña), excepto en el caso en que el protectorado hubiera solicitado documentación relativa a la solicitud. En este supuesto, debería abrirse un nuevo período o establecerse expresamente la suspensión del cómputo del plazo de dos meses hasta la recepción de la documentación solicitada.

En esta materia podía producirse un conflicto entre dos normas vigentes y contradictorias puesto que, sorprendentemente el Libro tercero del Código Civil de Cataluña no derogaba completamente la Ley de Fundaciones 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña y declaraba la vigencia de los artículos 51 y 52. El problema se planteaba entonces respecto del plazo que, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña era, de tres meses y que el artículo 333-1.4 del Código Civil de Cataluña establece en dos. La ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública mantiene el plazo de dos meses para los actos de autorización previstos en el artículo 333-1 del Código Civil de Cataluña y soluciona la contradicción al prever la derogación de la Ley 5/ 2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña (disposición derogatoria única).

En cambio, para actos de enajenación, gravamen o cualquier otro acto de disposición de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación el libro tercero del Código Civil de Cataluña según su redacción original consideraba suficiente, de acuerdo con el artículo 333-1.1, en relación con el artículo 333-1.2, la comunicación al protectorado en el plazo de treinta días hábiles a partir del momento en que se realizan.

La Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, modifica el artículo 333-1.2 Código Civil de Cataluña y suprime la obligación del patronato de comunicar al protectorado, los actos de disposición o gravamen, o cualesquiera actos de disposición de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, realizados a título oneroso y respetando las condiciones impuestas por el fundador o los aportantes, siempre y cuando el producto obtenido se reinvierta en la adquisición o en la mejora de otros bienes, aplicando el principio de subrogación real.

Estos actos, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición adicional segunda, apartado c del Código Civil de Cataluña, debían hacerse constar en el libro inventario y en la memoria de las cuentas anuales presentadas al protectorado. Sin embargo, la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, deroga la Disposición adicional segunda del Libro tercero del Código civil de Cataluña, de modo que no se requiere la constancia de tales actos.

El incumplimiento de este deber de comunicación quedaba sin consecuencia alguna en el texto del Código Civil de Cataluña. De forma acertada, el problema ha quedado solucionado el problema en la nueva Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública , que la considera como una infracción muy grave (artículo 33 a), de manera que contempla para ella una pena específica y concreta consistente en que, además de las sanciones que corresponden a la comisión de una falta muy grave como son la multa de 4.000 a 20.000 euros y la imposibilidad de obtener ayudas y subvenciones de la Administración de la Generalitat durante un año, se podrá sancionar con la pérdida de los beneficios derivados de la publicidad registral y el cierre registral parcial en los términos que establece el artículo 336-3 del Código Civil de Cataluña.

*Son infracciones graves, las acciones u omisiones siguientes:*

*Desatender o responder de manera notoriamente insuficiente los otros requerimientos dirigidos por el Protectorado...Se considera notoriamente insuficiente el hecho de que los patronos no informen sobre los elementos respecto de los que están requeridos a hacerlo.*

El Proyecto de ley respecto del Protectorado de las Fundaciones y de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública presentado por el gobierno tripartito, aunque también solucionaba el problema referenciado, se mostraba, sin embargo, mucho más

benévolo por cuanto calificaba esta infracción como una falta grave (artículo 17 e) y sancionable con una multa de 600 a 2.999,00 euros.

La Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública también introduce una nueva acción calificada como infracción muy grave y, por tanto sancionable, en iguales términos que la anterior (artículo 33b)

*Acordar de presentar una solicitud de autorización o una declaración responsable con el contenido falseado*

Por lo que se refiere a las autorizaciones, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña no regulaba conjuntamente todos los actos relativos a la gestión económica para los que se requiere autorización, por lo que deben tenerse en cuenta las previsiones específicas contenidas en diferentes preceptos. No obstante, a partir de la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, el régimen de autorizaciones previas por parte del protectorado se ha visto reducido considerablemente, como se pone de manifiesto con la modificación producida en los artículos 339-2 y 332-10 del Código Civil de Cataluña por la Ley anteriormente citada.

- El artículo 332-9.2 según la redacción original del Código Civil de Cataluña, exigía autorización previa para poder suscribir con la fundación contratos de compraventa, arrendamientos de bienes inmuebles o muebles de extraordinario valor, de préstamo de dinero o de prestación de servicios retribuidos realizados entre la fundación y los patronos y personas especialmente vinculadas a los patronos (según el listado del artículo 312-9 del Código Civil de Cataluña, en relación al conflicto de intereses).
- El artículo 332-10.2 del Código Civil de Cataluña sometía también a autorización previa, la posibilidad de articular mediante un contrato, la relación laboral o profesional entre un patrono y la fundación, en aquellos casos en que concurran en los patronos las circunstancias del artículo 332-2.

Estos artículos han sido modificados por la Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código civil de Cataluña de modo que ya no se exige autorización previa en tales casos. No obstante, se mantienen como supuestos en los que se exige autorización previa el supuesto que contempla el artículo 333-4.1 del Código Civil de Cataluña, que requiere la autorización del Protectorado para la constitución o participación en sociedades por parte de la fundación, con asunción de

responsabilidad personal. En este último caso el Código Civil de Cataluña introduce una modificación orientada a flexibilizar, tal como se hace notar en el Preámbulo, la intervención del protectorado. Así, respecto de la adquisición o tenencia de acciones o participaciones sociales que confieran a la fundación, directa o indirectamente, el control de sociedades que limiten la responsabilidad de los asociados, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña (artículo 333-4.2 del Código Civil de Cataluña) ha modificado el régimen anterior (artículo 39.4 Ley de Fundaciones 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña) pasando de la autorización previa a la comunicación.

#### **11.8.3.1.2 Verificación de las cuentas anuales**

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

El protectorado verificará el cumplimiento de todos los deberes de formulación y su corrección formal, teniendo siempre en cuenta la aplicación obligatoria del 70% de las rentas y demás ingresos netos anuales al cumplimiento de las finalidades fundacionales, en virtud de lo dispuesto por el artículo 333-2.1 del Código Civil de Cataluña.

Debe considerarse, además, el deber de auditoría de las cuentas anuales que pesa sobre las fundaciones de mayor importancia económica –esta obligación ya se establecía en el artículo 32 Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña-, con lo que se facilitaba al protectorado su labor a cargo de la propia fundación. Así, de acuerdo con el artículo 333-11 del Código Civil de Cataluña, se exige legalmente la auditoría externa si durante dos años consecutivos se cumplen como mínimo dos de las cinco circunstancias que contempla este artículo: mientras que el libro tercero del Código Civil de Cataluña, en su redacción original, enumeraba tres circunstancias; la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña introduce dos nuevos apartados a este artículo:

- a) Que el total del activo de la fundación sea superior a seis millones de euros*
- b) Que el importe del volumen anual de ingresos ordinarios sea superior a tres millones de euros*
- c) Que el número medio de trabajadores durante el ejercicio sea superior a cincuenta*
- d) Que al menos el 40% de los ingresos provengan de las administraciones públicas por medio de subvenciones, convenios o cualquier tipo de contrato de prestación de servicios*
- e) Que haya recibido ingresos de cualquier tipo provenientes de cualquier administración pública por un valor superior a 60.0000 euros en el conjunto del ejercicio*

El anterior Proyecto de Ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de Utilidad Pública presentado por el gobierno tripartito, en su artículo 10, preveía -como reacción al ya citado "caso Palau", aunque posterior al documento de *Medidas* citado anteriormente- la generalización del recurso a la auditoría externa cuando, sin cumplirse ninguno de los requisitos citados anteriormente, se dieran circunstancias excepcionales que la aconsejasen (artículo 10). No obstante, a pesar de la necesidad de motivación que se imponía en la resolución que debía emitir el protectorado para su imposición, estas circunstancias quedaban, como puede apreciarse, totalmente indeterminadas y su introducción podía comportar, como puede apreciarse, posibles costes para las fundaciones. Podría haber sido algo positivo, aunque no debía obviarse que las circunstancias excepcionales podían aconsejar, cuando no imponer, el recurso directo a la inspección realizada por el mismo protectorado, sin que la indicada auditoría pudiera sustituirla ni demorarla más, aún cuando la incorporación de más información evaluable en el control de cuentas y el rigor en su examen podían ser, según el caso, perfectamente suficientes.

La Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del libro tercero del Código Civil de Cataluña, introduce un segundo apartado en el artículo 333-11 del Código Civil de Cataluña que contempla la realización de la auditoría de cuentas de las fundaciones y recoge la misma posibilidad que contemplaba el anterior Proyecto de Ley de Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de Utilidad Pública presentado por el gobierno tripartito en relación con esta cuestión y probablemente sea esta la razón por la que esta atribución del protectorado no aparece referenciada en la Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las



Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, otorgando entonces plenas facultades al protectorado para supervisar el estado financiero de las fundaciones.

Finalmente cabe destacar que el informe anual sobre el cumplimiento del código de conducta, previsto por el artículo 333-10 del Código Civil de Cataluña, y la auditoria son públicos, tal y como establece el artículo 333-12 del mismo texto legal. El carácter de públicos de estos documentos debe permitir el acceso a esta información por parte de terceros interesados, al mismo tiempo que facilita un cierto control social, que puede eventualmente reforzar el ya ejercido por la Administración pública. También confiere mayor transparencia a la actividad real de las fundaciones. Además, les permite aumentar o mantener la confianza de sus donantes, de la Administración pública y de sus beneficiarios. Por último, como es bien sabido, hace años que muchas fundaciones difunden sus actividades y sus datos económicos, mediante modelos diferentes, a través del denominado balance social y de su presencia en Internet.

La Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública menciona expresamente, en la disposición adicional quinta, la obligación de presentar el denominado *código de buena conducta* junto con la documentación que integra las cuentas anuales, al amparo de lo que dispone el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, superando claramente el mero control de cuentas y con una orientación a ofrecer una información suficiente para valorar el impacto de las actividades de la fundación sobre sus finalidades y objetivos.

#### **11.8.3.1.3 Inclusión de entidades vinculadas**

Es importante destacar el alcance del control de protectorado en la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, que se extiende también a las entidades vinculadas a los efectos de esta ley, de tal forma que se obliga a estas entidades a presentar las cuentas anuales junto con las propias de las fundaciones.

En cuanto a qué debemos entender por entidades vinculadas, la misma ley nos aclara esta cuestión en el artículo 17, donde señala que la vinculación existe si se produce cualquiera de las circunstancias siguientes:

- Cuando los miembros de los respectivos órganos de gobierno coincidan en más de un 30% <sup>313</sup>equiparándose aquí los casos de relación familiar, o hasta de amistad dada la amplísima referencia a “*otras personas con que se esté especialmente vinculado por vínculos de afectividad*”, y de representación o unidad de decisión, previstos en el artículo 312-9.3 del Código Civil de Cataluña.
- Cuando las operaciones con trascendencia económica entre estas entidades representen más del 20% del total de gastos del ejercicio contable de cualquiera de ellas; y,
- Cuando el inmovilizado de una de las entidades provenga o haya sido financiado en más de un 30% por otra entidad.

#### **11.8.3.1.4 Deber de comunicación**

El artículo 18 de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública prevé que las personas miembros de los órganos de gobierno y las personas con funciones de dirección de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública que tengan poder de decisión directa o indirectamente en alguna entidad vinculada tendrán el deber de comunicar dicha circunstancia a los órganos de gobierno de las entidades afectadas y al protectorado<sup>314</sup>.

#### **11.8.3.1.5 Incumplimiento del deber de presentar las cuentas**

El artículo 336-3 del Código Civil de Cataluña contempla el incumplimiento del deber de presentación de las cuentas anuales.

Cuando se produzca tal incumplimiento, el protectorado estará legitimado para tomar las medidas establecidas por la ley, incluyendo la de solicitar a la autoridad judicial la intervención temporal de la fundación que se contempla como un caso diferenciado de los recogidos en el artículo 336-4 del Código Civil de Cataluña. El precepto parece remitirnos a una futura ley del protectorado, ya que no establece cuales son estas “*medidas establecidas por la ley*”, entre las que podemos destacar, además de un elemental requerimiento a la fundación para la presentación de las cuentas o la solicitud de información, la posible apertura de un procedimiento de inspección

---

<sup>313</sup> El Proyecto de Ley respecto de las Fundaciones y de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública presentado por el gobierno tripartito establecía este porcentaje en un 50% mientras que el gobierno de Convergencia i Unió lo bajó hasta el 30%.

<sup>314</sup> El artículo 31,1 del proyecto de ley del protectorado respecto de las fundaciones y de las asociaciones declaradas de utilidad pública tan sólo contemplaba la comunicación al protectorado pero no a los órganos de gobierno de las entidades afectadas.

siempre que el incumplimiento se haya repetido durante al menos dos ejercicios, según establece la Disposición Transitoria Cuarta.

Antes de la publicación de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre de 2014, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública se planteaba un problema de coordinación importante entre ambas disposiciones. Puesto que, la mera falta de presentación de las cuentas legitimaba para solicitar la intervención judicial (artículo 336-3-1), mientras que para abrir una inspección el mismo incumplimiento debía producirse como mínimo con una frecuencia de dos ejercicios (Disposición Transitoria Cuarta del Libro tercero del Código Civil de Cataluña). Resulta de una claridad meridiana que hubiera resultado mucho más lógica la previsión inversa si consideramos que antes de instar la intervención parece más conveniente inspeccionar la fundación. Además, pese a que la legitimación para la solicitud de la intervención judicial pueda tener un cierto efecto persuasivo sobre la fundación, cabe tener en cuenta su uso relativamente limitado y que debería ser la última de las medidas a tomar al ser sin lugar a duda la más extrema e intrusiva en la autonomía de la fundación.

En caso de optar directamente por la solicitud de intervención judicial en base a esta causa, parece que debía regirse también por lo previsto en el artículo 336-4 del Código Civil de Cataluña, que regula específicamente la solicitud, especialmente por lo que respecta al requerimiento previo para que la fundación adopte las medidas pertinentes, que en este caso podría comportar la presentación de cuentas fuera de plazo aunque evitando la intervención.

La nueva Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública ha puesto fin a esta dicotomía con la derogación de la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil de Cataluña.

No obstante, conviene matizar que la consecuencia inmediata más directa de la no presentación de cuentas por parte de la fundación consiste en la imposibilidad de que ésta pueda obtener subvenciones o ayudas por parte de la Administración de la Generalitat de Cataluña (artículo 336-3.1 del Código Civil de Cataluña).

La fundación que no presente las cuentas anuales se encontrará además, con el acceso a la inscripción de actos en el Registro fuertemente restringido: tendrá únicamente acceso a aquellos actos citados por la ley que tienden a buscar una salida a la situación que pueda haber provocado la no presentación de las cuentas o bien aquellos por los que se pueda hacer constar la liquidación y disolución de la fundación.

Así, además del acceso para los asientos ordenados judicialmente, el artículo 336-3.2 del Código Civil de Cataluña prevé que se puedan inscribir los documentos relativos a los asuntos siguientes: el cese de patronos, la revocación de la delegación de facultades, la revocación o renuncia de poderes, la extinción de la fundación y el nombramiento de los liquidadores.

Además, la Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública contempla este supuesto como posible objeto de sanción, al considerar como infracción grave (artículo 34.a)

*“el incumplimiento del deber de aprobar y presentar las cuentas anuales de la fundación o de la asociación declarada de utilidad pública y sus entidades vinculadas y si procede, de la auditoría externa en el término legalmente establecido”.*

El anterior Proyecto de Ley respecto de las Fundaciones y de las Asociaciones de Utilidad Pública presentado por el gobierno tripartito calificaba además como muy grave<sup>315</sup>

*“incumplir en más de un ejercicio el deber de presentación de cuentas anuales dentro del término legalmente establecido”*

Esta infracción se ampliaba también, respecto de la no presentación de la auditoría externa y las cuentas de las entidades vinculadas.

Sin embargo, la nueva Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública no contempla esta infracción entre las infracciones calificadas como muy graves.

#### ***11.8.3.2 Control en relación a la adecuación de las actividades a las finalidades fundacionales***

Más allá de la corrección sobre las cuentas queda un elemento abierto a la valoración que debe ser también verificado por el protectorado, a pesar de sus exiguos medios, quizás ahora incrementados con la potestad de inspección. Este elemento consiste en la adecuación de las actividades realizadas a las finalidades fundacionales. Más allá, pues, de la correcta gestión económica, de la aplicación obligatoria de las rentas y del cumplimiento de todas las obligaciones contables, la fundación debe todavía

---

<sup>315</sup> Artículo 16.c) del Proyecto de Ley respecto de las Fundaciones y de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, publicado en el BOP el 7 de abril de 2010.

someterse a un control encaminado a verificar si sus actividades se dirigen al cumplimiento de las finalidades fundacionales.

La respuesta afirmativa al respecto de esta adecuación se encuentra fundamentalmente en la memoria de las actividades que debe formar parte de las cuentas anuales de forma separada de la información complementaria de los datos estrictamente económicos. La memoria, prevista en el artículo 333-8.e) del Código Civil de Cataluña, debe detallar las actuaciones que se han realizado en cumplimiento de las finalidades fundacionales. Para ello, el Código Civil de Cataluña exige que se concrete el número de beneficiarios y los servicios por ellos recibidos, así como los recursos procedentes de otros ejercicios pendientes de destino, en su caso, y las sociedades participadas mayoritariamente, con la indicación del porcentaje de participación. Quizá se podría haber exigido más pero el Libro tercero del Código Civil de Cataluña se quedó ahí y la Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública tampoco ha profundizado en esta posibilidad al margen de permitir la publicación del balance social desde su propio registro.

La Ley 21/2014 de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública incluye como función inspectora del protectorado “(...) *verificar que los recursos económicos de la fundación han estado aplicados a las actividades fundacionales*” (artículo 10 b) y entre el resto de las funciones de supervisión del protectorado, se encuentra también la de “(...) *comprobar que las fundaciones actúan con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de los beneficiarios*”(artículo 10 c). No obstante, el ejercicio de esta función puede quedar sin contenido si no se incorpora en la memoria o en algún otro tipo de documentación. Y es precisamente aquí donde debería centrarse la tarea valorativa del protectorado, teniendo en cuenta únicamente las finalidades de cada fundación, su capacidad para realizar actuaciones y su volumen económico. No debe, sin embargo, tratarse aquí estrictamente de ningún tipo de valoración sobre la eficiencia de las actuaciones, ya que legalmente sólo puede exigirse que las actividades se adecúen a las finalidades.

En este sentido, nos adherimos a aquellas opiniones que, para hacer más visible este tipo de información al protectorado y al conjunto de la sociedad, proponen la conveniente separación total de la memoria respecto de las cuentas y su potenciación, junto con otros mecanismos, como el balance social. Nuestro respaldo se extiende también a todas aquellas opiniones que proponen incluir información de carácter

cualitativo, más que meramente cuantitativo (número de actos, número de personas que visitan una determinada exposición, etc.) como ya podemos leer en las memorias de algunas fundaciones accesibles *online*<sup>316</sup>.

En este sentido, el Proyecto de Ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, presentado por el gobierno tripartito, incorporaba la posibilidad que el Registro publicara “*los balances sociales y otros documentos indicadores de transparencia*” (artículo 4.e). Aunque sólo ofrecía la posibilidad de un modelo para los balances sociales (Disposición Adicional Quinta). La nueva Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública no contempla esta posibilidad.

#### **11.8.3.3 Control en relación a las modificaciones estructurales y disolución**

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

Como regla general, las distintas cláusulas estatutarias admiten la modificación o la reforma, a pesar de que la modificación de alguna de ellas puede alterar llamativamente la voluntad del fundador: aun así, la modificación es posible, en virtud de lo dispuesto por el artículo 336-2 e. del Código Civil de Cataluña.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 335-1 del Código Civil de Cataluña, los estatutos pueden modificarse por acuerdo del patronato si conviene al interés de la fundación y se tiene en cuenta la voluntad de los fundadores. Sin embargo, la modificación una vez formalizada en escritura pública requiere la aprobación del protectorado mediante resolución motivada, que cumplidos los requisitos legales sólo podrá no ser aprobada en los siguientes casos: si es “*contraria a la ley*”, si “*contraviene a una prohibición expresada por los fundadores*” o bien si “*se aparta de la voluntad de los fundadores en lo que afecta a la denominación, patronato, las finalidades, la aplicación de los recursos, el destino de los bienes sobrantes o la composición del patronato*”.

Sin embargo, el artículo 335-1 del Código Civil de Cataluña no exige en ningún caso autorización judicial para realizar la modificación estatutaria, cualquiera que sea el alcance de ésta, lo que no deja de sorprendernos, especialmente, en aquellos casos

---

<sup>316</sup> Entre otros, LLOVERAS FERRER, Marc-R. *Ibídem*.

en que la fundación resulte difícilmente reconocible si la comparamos con su configuración original. Además, entendemos que de esta forma, el patronato, en principio, podrá proceder a la modificación de cualquier cláusula estatutaria, salvo en aquellos extremos tan importantes como los anteriormente citados.

Dado que la Constitución de 1978 reconoce el derecho de fundación, es posible preguntarnos si en estos casos, la falta de aprobación judicial de la modificación acordada podría ser considerada como una conculcación el derecho de fundación, al dejar en manos de la Administración, la posibilidad de permitir que se violente la voluntad del fundador, ya que una simple autorización del protectorado puede reducir a la nada la prohibición expresa del fundador<sup>317</sup>.

Es preciso poner de manifiesto que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña no establece límite alguno respecto al alcance de las modificaciones que el protectorado puede autorizar –repetimos, aun en contra de la voluntad del fundador- .

No obstante, el protectorado puede oponerse, aunque únicamente en aquellos casos expresamente establecidos por el apartado segundo del artículo 335-1 Código Civil de Cataluña y mediante resolución motivada. Compartimos, en este punto, la opinión de algunos autores, que consideran como razón de legalidad la falta de respeto a la voluntad del fundador que rige la vida de la fundación y por la que el protectorado debe velar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 336-2 del Código Civil de Cataluña. Esto permitirá al protectorado oponerse a la modificación estatutaria efectuada por el patronato si vulnera sin justificación suficiente la voluntad del fundador<sup>318</sup>.

También los acuerdos de fusión o de escisión deberán ser autorizados por el Protectorado, como en el caso de la modificación de los estatutos, lo que parece, asimismo, un mero control de legalidad sobre el procedimiento, previsto con carácter general en las artículos 314-1 y 314-2 del Código Civil de Cataluña, respectivamente; pero a su vez reivindica el mantenimiento de la voluntad del fundador, ya que tanto para la fusión como para la escisión se parte del mismo principio y en ambos casos el acuerdo no puede adoptarse: por tanto, tampoco podría aprobarse por el protectorado, en caso de existir una prohibición de los fundadores (artículos 335-2.1 y 335-3.1 Código Civil de Cataluña).

---

<sup>317</sup> Siguiendo a PIÑAR MAÑAS, José Luis y REAL PÉREZ, Alicia; *Derecho de fundaciones y voluntad....* op. cit. Pág. 187 y ss.

<sup>318</sup> El contenido esencial del derecho de fundación está constitucionalmente garantizado y protegido (Art. 34 y 53 de la Constitución española) y no puede quedar al arbitrio de la Administración.

La aceptación de la fusión de fundaciones como una modalidad más de modificación estructural diferenciada de la extinción, es especialmente criticable, ya que toda fusión implica al menos la extinción de una de las fundaciones que se funden. Es posible, por lo tanto, hablar de dos clases de fusión: la fusión por absorción y la fusión por constitución. En la primera, la fundación absorbente mantiene su personalidad y la absorbida o absorbidas se extinguen a favor de la primera. Si la fusión es por constitución, se extinguen todas las fundaciones que se fusionen, dando lugar a una fundación nueva y distinta de las anteriores. Este último supuesto suscita alguna cuestión capital como es el hecho que la nueva fundación resultante de la fusión sólo podrá surgir como fundación diferenciada si se han observado todos los requisitos necesarios para la constitución de fundaciones. El Código Civil de Cataluña sólo exige que los fines que persigan las fundaciones que se fusionan sean análogos cuando sea el protectorado quien insta la fusión ante la autoridad judicial, pero no será exigible si la fusión fuera acordada por los respectivos patronos.

El artículo 335-2 del Código Civil de Cataluña legitima a los patronos de las fundaciones para *“proponer su fusión”* cuando ello convenga *“para cumplir mejor las finalidades fundacionales y no ha sido prohibido por los fundadores”*, proposición que será precisada por los patronatos. Se atribuye al protectorado la facultad de requerir a una fundación que se fusione con otra que cumpla finalidades análogas y haya manifestado su conformidad con la fusión a instancias de quien tenga un interés legítimo o de oficio, si la fundación no puede cumplir sus finalidades o se encuentra también con graves dificultades para cumplirlas.

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

Por imperativo constitucional, sólo la autoridad judicial puede decidir la extinción de fundaciones cuando ésta se produce por causa que no estuviera prevista en la ley o en los estatutos de la fundación. No podía ser de otra manera, a la luz de lo dispuesto



en el artículo 34,2 del texto constitucional. Dicho artículo después de reconocer el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley, dispone en su segundo apartado que *“regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22”*. Este último artículo que regula el derecho de asociación, preceptúa en el apartado segundo que *“las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales”* y en el apartado cuarto que *“las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada”*. Ambas reglas son aplicables a las fundaciones.

De acuerdo con la opinión dominante, la Constitución<sup>319</sup> exige una resolución judicial cuando se trata de extinguir la fundación como sanción o por causa que no esté prevista en el Ordenamiento. Esta interpretación deja fuera del ámbito de aplicación del artículo 34 no sólo las causas voluntarias de extinción de las fundaciones, sino también el cumplimiento y la imposibilidad material de realización del fin entre las legales, incluso los casos de imposibilidad jurídica cuando el fin o los medios no constituyeran delito.

#### ***11.8.3.4 Funciones del protectorado en relación al órgano de gobierno de la fundación***

El artículo 336-2.g) del Código Civil de Cataluña otorga legitimación al protectorado para ejercer la acción de responsabilidad contra los patronos y la acción de impugnación de acuerdos, decisiones o actos contrarios a la ley, a los estatutos o que lesionen el interés de la fundación. Esta legitimación ya estaba prevista en el artículo 21.3 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña y en los artículos 12.3 y 15.2. de la Ley de Fundaciones 1/1982, de 3 de marzo, de fundaciones privadas. No obstante, es preciso señalar como con carácter novedoso, se amplía esta legitimación para impugnar acuerdos, decisiones o actos contrarios a la ley o a los estatutos o cuando lesionen el interés de la fundación. La legislación estatal regula esta cuestión en términos muy similares (artículos 35.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de Fundaciones de competencia estatal y 32.3 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 responsabilidad de los patronos será ejercitable mediante esta acción (artículo 332-11 Código Civil de Cataluña) e incluye todos los daños que causaren a la fundación por el incumplimiento de la ley o de los estatutos, o por actos u omisiones negligentes

---

<sup>319</sup>Así parece entenderlo BADENES GASSET, Ramón; “Regulación legal de las fundaciones: algunas consideraciones críticas del Derecho español”, Revista de Derecho Privado, 1979, Pág. 133 y ss.

en el ejercicio de sus funciones que, en todo caso, deben ser desarrolladas con la diligencia propia de un buen administrador (artículo 332-8 Código Civil de Cataluña). Se trata, por tanto, propiamente de una acción de la fundación contra los patronos que puedan haber causado daños; y, en este sentido, es perfectamente explicable que pueda ser utilizada por el protectorado, por ejemplo, en defecto del patronato o, más claramente, si puede afectar a todos los patronos, aunque no se establece legalmente ningún orden de prevalencia o de subsidiariedad para el ejercicio de la acción.

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

#### **11.8.4 Funciones de inspección**

La Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, desarrolla las actuaciones de inspección del protectorado en los artículos 23 a 29 y otorga al protectorado la potestad de inspección que deberá ejercitar con pleno respeto a los derechos constitucionales y que justifica para facilitar la verificación y el control de las actividades fundacionales, además del aseguramiento del destino adecuado de los fondos y recursos de las fundaciones al cumplimiento de sus finalidades. La inspección no se contempla como una función sino como un medio para llevar a cabo la función genérica y legítima del protectorado que consiste en *“velar para que el recto ejercicio del derecho de fundación y para el mantenimiento de los requisitos en que se fundamenta la declaración de utilidad pública”* (Artículo 23,1 Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública).

La potestad de inspección ya había sido regulada en leyes anteriores, como la Ley 1/1982 de 3 de marzo, de fundaciones privadas, que en su artículo 15.2 c establecía que el Protectorado podría, cuando lo considerase necesario, y a los efectos de comprobar el cumplimiento de las finalidades fundacionales y de las obligaciones establecidas por la ley, practicar la inspección de los libros, documentos y de las actividades de las fundaciones; instituyendo el respeto a las prescripciones legales en caso de tener que entrar en los domicilios o los locales de las fundaciones.

La inspección no se contemplaba sin embargo, en la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, que se limitaba en este punto y, en su artículo 48 a repetir

parcialmente el contenido del artículo 47 *“velar por el cumplimiento de las finalidades fundacionales”* (apartado d) y a *“verificar, mediante la presentación de las cuentas, el cumplimiento de los estatutos y de las obligaciones establecidas por la ley”* (apartado e).

El Código Civil de Cataluña, en su Disposición Adicional Cuarta, establece un listado abierto de supuestos en los que se considera que el protectorado tiene la potestad, aunque no legalmente el deber, de iniciar una inspección, cuyo procedimiento, objetivos y consecuencias quedaría también sin regulación a la espera de la citada ley del protectorado. Como hemos mencionado con anterioridad, esta disposición ha quedado derogada con la aprobación de la nueva Ley del protectorado.

La Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública (artículo 23,2) dispone que en cualquier caso se pueda iniciar la actividad inspectora cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- No presentar las cuentas anuales de la fundación y de las entidades vinculadas o de las asociaciones cuando corresponda y, en su caso, la auditoría externa dentro de los términos legalmente establecidos.
- La ausencia de solicitud de autorización previa del protectorado para realizar todas aquellas operaciones que lo requieren, de acuerdo con lo dispuesto por el Libro tercero del Código Civil de Cataluña; y añade la no adopción de la declaración responsable y su presentación previa en los términos previstos por el artículo 332-13 del Libro tercero del Código Civil, modificado recientemente por la Ley 7/2012 de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña<sup>320</sup>.
- No responder de manera reiterada a los requerimientos del protectorado o presentar una respuesta a los mismos cuyo contenido sea insuficiente. El proyecto aclara que se considera notoriamente insuficiente el hecho de que los miembros del órgano de gobierno de las entidades no informen sobre los elementos respecto de las cuales han sido requeridos para ello.

---

<sup>320</sup> Modificación no prevista en el anterior Proyecto de Ley respecto del Protectorado de Fundaciones y de las Asociaciones de utilidad pública, presentado por el gobierno tripartito y que por lo tanto no introduce en este apartado el supuesto introducido por la 7/2012, de 15 de junio, en el caso de aquellas operaciones sujetas a declaración responsable sin haberla adoptado.

- Incumplir las condiciones que han motivado la concesión de ayudas, avales o subvenciones o cualquier otra irregularidad relacionada con los actos citados
- No renovar a los miembros de los órganos de gobierno de las entidades después de dos años desde que se produzca el vencimiento de los nombramientos de los órganos de gobierno.
- Incumplir el deber de cubrir las vacantes que se produzcan en el patronato, de manera que se dificulte el cumplimiento de las actividades fundacionales.
- No respetar el régimen de incompatibilidades en los nombramientos del personal directivo o en la realización de los actos, contratos, prestaciones y servicios de cualquier tipo que infrinjan las incompatibilidades personales que establece la legislación vigente.
- No responder de manera reiterada, a los requerimientos del protectorado, o presentar una respuesta notoriamente insuficiente.
- Mantener una inactividad continuada de la fundación durante al menos dos ejercicios consecutivos, y que la entidad haya sido requerida para enmendar el defecto por el órgano competente.
- No destinar el porcentaje establecido por la ley para el cumplimiento de las finalidades fundacionales y haber sido requerido por el órgano competente.
- Sufrir un deterioro de la masa patrimonial que incapacite a la fundación para el cumplimiento de sus finalidades fundacionales, y haber sido requerido por el órgano competente para enmendar el defecto.
- El destino de recursos a gastos no relacionados con el objeto fundacional o desproporcionado respecto al volumen de ingresos.
- Cualquier actuación de los patronos o personas con responsabilidades directivas de la fundación que ponga de manifiesto una actuación contraria a los intereses de la entidad o a sus finalidades.

El anterior Proyecto de Ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de utilidad pública, presentado por el gobierno tripartito, además de reproducir todos los supuestos incluidos en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, contemplaba tres supuestos novedosos de inspección; mientras que el Proyecto de Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública presentado por el gobierno de Convergencia i Unió sólo recogía uno de aquellos tres supuestos. Los tres supuestos introducidos en el proyecto presentado por el gobierno tripartito eran “*el incumplimiento de la obligación de comunicación en los casos en que sea legalmente preceptivo*” (artículo 6. c); “*el incumplimiento del deber de cubrir las vacantes en el*

*patronato dificultando el desarrollo de las actividades fundacionales*” (artículo 6. i) y, *“el incumplimiento del deber de adaptar los estatutos a la normativa vigente”* (artículo 6. j). En tales supuestos la inspección debía, no obstante, limitarse a los casos en que se hayan desatendido requerimientos previos de información –que ya es un supuesto independiente- y en defecto de la posible actuación en funciones de suplencia del mismo Protectorado. Los tres supuestos eran además posible objeto de sanción a la fundación (artículo 17 apartados e, i y j).

El Proyecto de Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública presentado por el gobierno de Convergencia i Unió solo recogía uno de aquellos tres supuestos novedosos; en concreto, el que hacía referencia al incumplimiento del deber de cubrir vacantes del patronato, pero únicamente en el caso de que no se renueven los miembros del patronato después de dos avisos desde el vencimiento del nombramiento de los órganos de gobierno. La sanción se aplicaba, si la no elección de los miembros de los órganos de gobierno comportara la no adopción de acuerdos.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, en ejercicio de sus funciones de protectorado, aprobó un plan de inspección de fundaciones para el año 2009<sup>321</sup> en el marco que ya contemplaba el artículo 6,2 del Proyecto de Ley del Protectorado presentado por el gobierno tripartito, que contemplaba entre las causas que pueden dar lugar a la inspección: la no presentación de las cuentas durante al menos los dos últimos ejercicios y la no respuesta a los requerimientos del protectorado de manera reiterada o presentar una respuesta notoriamente insuficiente. Sin embargo, la mención de estos casos no debía entenderse como un impedimento para la apertura de un expediente de inspección si se detectaba cualquiera otra de las causas, tal y como parece dar a entender en la Exposición de Motivos.

Finalmente, la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública recoge tres nuevas causas que no figuraban en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno de Convergencia i Unió, fruto de las enmiendas de los diferentes grupos parlamentarios que son: incumplir el deber de cubrir las vacantes que se produzcan en el patronato; no respetar el régimen de incompatibilidades en los nombramientos del personal directivo o en la realización de actos, contratos, prestaciones y servicios que infrinjan el régimen de incompatibilidades previsto por la

---

<sup>321</sup>Resolución, JUS/14/2009, de 13 de enero, de la *Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas* por la que se aprueban los criterios generales que deben regir el Plan de inspección de fundaciones para el año 2009 (DOGC núm. 5299, de 19.1).

legalidad vigente y no responder de manera reiterada a los requerimientos del protectorado.

La función inspectora pretende dotarse de una cierta objetividad. Por ello se contemplaba en el anterior Proyecto de Ley respecto de las Fundaciones y de las Asociaciones de Utilidad Pública, presentado por el gobierno tripartito, la posibilidad de establecer inspecciones mediante sorteo aun cuando no se hubiera manifestado ningún indicio de los que prescriben la inspección. No obstante, esta extensión de la potestad de inspección, si bien pudo parecer en su día positiva, expresaba al mismo tiempo una cierta desconfianza respecto del protectorado así como respecto de todo el conjunto de mecanismos de control de los que ya disponía y que siempre que el presupuesto lo permitiera podían ampliarse.

La Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de las Asociaciones declaradas de utilidad pública sólo contempla el inicio de la función inspectora bien de oficio o bien a instancia de una persona física o jurídica que lo solicite de forma motivada, siempre y cuando el protectorado lo considere pertinente: no contempla, pues el inicio de la potestad inspectora por sorteo. En el caso de que se inicie de oficio, el protectorado debe tomar en consideración para la planificación, el hecho de que las entidades se financian con subvenciones u otros ingresos de carácter público y con campañas de captación de fondos.

#### **11.8.5 Funciones de suplencia**

Finalmente, el artículo 336-2 h) del Código Civil de Cataluña atribuye al protectorado funciones de suplencia al respecto de *“la falta de actuación de los fundadores o de los ejecutores de la voluntad fundacional y la falta de actuación de los patronos o de los encargados de liquidar la fundación, en los casos en que la ley establece esta modalidad de intervención”*.

El protectorado se instituye como garante del correcto ejercicio del derecho de fundación y a estos efectos está facultado para ejercer las funciones de suplencia y de nombramiento de patronos que el Código Civil de Cataluña le atribuye. Esta función de suplencia ya viene contemplada en el artículo 332-6 del Código Civil de Cataluña en el caso de que el patronato no cubra las vacantes del patronato.

En relación a la constitución de la fundación a la que parece referirse la primera parte del artículo 336-2 del Código Civil de Cataluña, en concreto la letra h, el protectorado tiene amplias funciones de suplencia recogidas expresamente en el artículo 331-11 del Código Civil de Cataluña, que le permiten incluso inscribir de oficio la fundación. En el

caso de la fundación creada por actos *inter vivos* parece, no obstante, que la función de suplencia debería respetar una eventual voluntad del fundador; bien en el caso de que no se desarrolle su proyecto o bien en el supuesto de demora.

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

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

No obstante, se pueden producir dos problemas: en primer lugar, la articulación de esta voluntad fundacional en una fundación que, hasta que no exista como tal no tiene capacidad sucesoria y que el Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña ya salvaguarda expresamente en el artículo 412-2<sup>322</sup>; en segundo lugar, un problema de carácter más práctico en relación a cómo puede el protectorado llegar a tener conocimiento de esta voluntad fundacional.

Este problema fue resuelto por el Reglamento notarial que impone a los notarios el deber de informar al protectorado acerca de la existencia de este tipo de disposiciones

---

<sup>322</sup>El artículo 412-2 del Código (Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; DOGC núm. 5175, de 17.7; BOE núm. 190, de 7.8) establece específicamente la capacidad sucesoria de las personas jurídicas, como ya hacía el art. 10.2 del anterior Código de sucesiones, y la reconoce para el caso de “*las personas jurídicas que el causante ordene crear en su disposición por causa de muerte, si se llegan a constituir*”.

*mortis causa* que el artículo 331-11.3 del Código Civil de Cataluña establece, también, expresamente<sup>323</sup>.

La segunda parte del artículo 336-2 letra h) unifica el resto de supuestos en los que de un modo u otro se contempla la actuación del protectorado como garante del cumplimiento de la voluntad fundacional representada a través de sus funciones de suplencia; lo que se produce cuando la fundación ya existe y funciona, vaticinando algunos casos de inactividad del patronato relativos a la no adopción del acuerdo de disolución, al nombramiento de patronos, a la convocatoria del patronato, a la auditoría de cuentas y a la modificación de los estatutos.

### 11.9 La intervención judicial

Debe distinguirse entre las figuras de la *sustitución provisional* y de la *intervención temporal* previstas en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña en los artículos 332-6 y 336-4, respectivamente, a pesar de que ambas se traduzcan en la subrogación del protectorado en la posición del patronato de la fundación. En efecto, la sustitución provisional consiste en el ejercicio de las funciones del patronato u órgano de gobierno en el caso de que aquél pierda por algún motivo a todos sus componentes. Se trata de una medida adoptada por la Administración competente; mientras que la intervención temporal de la fundación es una medida pública de control para corregir la deficiente actuación de los patronos cuando sea de tal gravedad que pueda poner en peligro la propia fundación. Esta última se ejecuta mediante el apartamiento del órgano de gobierno, de la entidad que el juez competente acuerda en última instancia. Ambas situaciones de intervención son temporales, aunque el Código Civil de Cataluña no establece plazos concretos máximos, razón por la que debemos entender que será el mínimo necesario para que la fundación recupere la normalidad y pueda gobernarse de nuevo por su órgano propio.

Este supuesto de intervención de las fundaciones constituye un supuesto excepcional por cuanto el control de protectorado, simultáneo o de alteridad, se convierte en un control sustitutivo.

Ahora bien, la propia excepcionalidad de la medida requiere:

---

<sup>323</sup>El artículo 99 del Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, de modificación del Reglamento notarial de 1944 (BOE núm. 25, de 29.1) da una nueva redacción al Art. 179 del Reglamento, reformulando el deber, ya existente anteriormente, de los notarios de hacer llegar esta información a la administración correspondiente, haciendo aparecer ahora expresamente al Protectorado como destinatario de la misma, la cual se facilita enviando copia simple de la cláusula notarial “a los organismos administrativos competentes que ejerzan el protectorado”.



- de la concurrencia de supuestos tasados por la ley
- de interpretaciones restrictivas a su empleo
- de un procedimiento específico en que la audiencia al patronato se garantiza; y se exige en último extremo autorización judicial

Es un mecanismo por lo tanto, al servicio del principio de conservación de las fundaciones que se instituye como la única forma de que éstas puedan atender con eficacia sus fines de interés general. Se trata así, de una medida excepcional que afecta a un ente con personalidad jurídica, reconocida constitucionalmente (artículo. 34 Constitución) y que goza por tanto, de garantía judicial. El protectorado, pese a poder obtener, en este caso, el control total de la fundación, únicamente, puede llegar a esta situación por la vía de una resolución judicial que la acuerde y autorice; con lo que el título del artículo 336-4 del Código Civil de Cataluña *Intervención judicial*, puede parecer no del todo exacto, aunque la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública lo corrige, al rubricar el artículo 2 que encabeza el capítulo IV del Título IV como “*Intervención temporal de la fundación*”.

La gravedad de la medida se relaciona con las causas que legitiman de la solicitud (artículo 336-4.1 Código Civil de Cataluña):

- una gestión gravemente irregular
- una gestión que ponga en peligro la continuidad de la fundación
- una divergencia grave entre las actividades que realiza y sus finalidades fundacionales.

La gravedad de la gestión económica irregular que habilita para poner en marcha el proceso de intervención en el marco de la ley de competencia estatal, Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones queda en parte definida por el tenor literal del propio artículo al relacionarlo con la posibilidad de subsistencia de la fundación; o dicho de otra manera, puede haber irregularidades graves en sí en la gestión económica de la fundación que “*no darán lugar a la intervención de ésta sino a otras medidas tales como la acción de responsabilidad contra los patronos*”<sup>324</sup>. Sin embargo, en el sistema catalán el artículo 336-4 del Código Civil de Cataluña recoge tres causas de intervención, porque divide el primero de los supuestos de la Ley estatal 50/2002 de 26 de diciembre, de Fundaciones en dos apartados: “*gestión gravemente irregular*” y

---

<sup>324</sup> Siguiendo a CUSCÓ, Margarita y CUNILLERA. Montserrat; *Comentarios a la nueva ley de fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Editorial Dijusa, Madrid. 2003. Pág. 175.

*“gestión que ponga en peligro la continuidad de la fundación”* de modo que estos apartados asumen un carácter más amplio o abstracto.

La propia Constitución Española contempla en el marco de una economía de mercado, la posibilidad de la intervención de empresas cuando así lo exija el interés general (artículo 128,2).

Conviene señalar que en el supuesto de que existiese una divergencia grave entre las actividades que realiza la fundación y sus finalidades fundacionales, debemos tener muy en cuenta que la vinculación entre las actividades desarrolladas por una fundación y la consecución de sus fines propios es una garantía esencial del núcleo de la institución fundacional, mediante la cual el fundador o fundadores deciden, en un acto de liberalidad, adscribir de manera estable una masa patrimonial a la realización de fines de interés general de diverso cariz.

Por esta razón, resulta lógico que la ley contemple algún mecanismo de garantía para que se respete la voluntad del fundador, a pesar del paso del tiempo<sup>325</sup>. Además, y a juicio de una parte importante de la doctrina,<sup>326</sup> esa desviación debe obedecer, además, a la actuación de los propios patronos y no a circunstancias coyunturales; es decir, externas a la propia fundación (como pueden ser económicas, jurídicas o sociales), que también pueden determinar la alteración de las actividades de la fundación.

La desconexión entre fines y actividades puede remediarse, mediante la modificación de los estatutos, evitando así la intervención- Este mecanismo queda recogido en el artículo 335-1 del Código Civil de Cataluña, que permite la evolución de las fundaciones y su adaptación a las nuevas exigencias.

El artículo 12,2 del anterior Proyecto de Ley del protectorado respecto de las Fundaciones y de las Asociaciones de Utilidad Pública, presentado por el gobierno tripartito, regulaba los elementos que debía reunir la solicitud de intervención judicial de una fundación y a estos efectos contemplaba los siguientes:

- ✓ Los hechos que motivan la intervención
- ✓ Las medidas que se proponen

---

<sup>325</sup>Como destaca REAL PÉREZ, Alicia en su artículo “La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones” en *Manual de fundaciones. Régimen jurídico fiscal, contable, con anexo de legislación estatal y autonómica*. A. RUIZ OJEDA (COORD.), Civitas. Madrid, 1999. Pág. 69; esa voluntad está presente a lo largo de toda la vida de la fundación, e incluso antes de constituirse y después de extinguirse constituyendo la norma reguladora o *ley de fundación*.

<sup>326</sup>Seguendo a CUSCÓ, Margarita y CUNILLERA. Montserrat. *Ibídem*. Pág. 175.

- ✓ El plazo de la intervención
- ✓ Las personas o entidades que se proponen para ejercer temporalmente las funciones del patronato.

La actual, Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de utilidad pública, en su artículo 22, únicamente establece la obligación de incluir los hechos que la motivan, las medidas que se proponen, el plazo de intervención y, en su caso, la persona o entidades que se proponen para ejercer temporalmente las funciones de patronato<sup>327</sup>. También ofrece la posibilidad de que la solicitud contenga la petición de medidas cautelares, incluyendo una medida de tanta envergadura como puede ser la suspensión de los patronos, si bien aclara en este punto que únicamente será posible si la gravedad de las irregularidades y la salvaguarda de los intereses de la fundación así lo aconsejen

La inspección y la intervención no vienen predeterminadas por ningún orden, por lo que queda, en manos del protectorado tomar una u otra vía según las circunstancias de cada caso en concreto. En este sentido, parece que todas las causas de inspección, dejando quizás aparte la inactividad continuada, son supuestos en los que, efectivamente, pueden encontrarse indicios de una de las causas de intervención, sin que, no obstante, sean requisitos de la misma.

Pese a no existir un orden sucesivo fijado legalmente entre la inspección y la solicitud de intervención, ya que pueden darse circunstancias en las que no sea necesario practicar la inspección o en las que se opte por la acción de responsabilidad, el libro tercero del Código Civil de Cataluña sí prevé que en atención a la condición de la intervención como una medida extrema, el protectorado no pueda solicitarla sin antes haber requerido al patronato para que adopte las medidas pertinentes en orden al cumplimiento de la normativa correspondiente y el respeto de la voluntad fundacional, conforme a lo dispuesto por el artículo 336-4.2 del Código Civil de Cataluña.

Del texto legal se desprende, que si la autoridad judicial decreta la intervención de la fundación, el protectorado asumirá las funciones legales y estatutarias del patronato. Esta asunción es posible contemplarla como una medida extrema y con posibilidad de adoptar alternativas más mitigadas como podría ser una gestión mixta entre el patronato y el protectorado, una supervisión judicial, un relevo significativo de patronos

---

<sup>327</sup> Del mismo texto se puede deducir que la delegación podrá ser tanto a favor de personas físicas como jurídicas.

o, de los máximos responsables de la gestión de la fundación. No obstante, con la actual configuración legal, únicamente podría producirse por su propia voluntad<sup>328</sup> o, en el otro extremo, por sentencia judicial firme (artículo 332-12.f del Código Civil de Cataluña). El artículo 336-4.3 del Código Civil de Cataluña prevé expresamente la posibilidad que el protectorado delegue el ejercicio de estas funciones en terceras personas.

Más interesante a nuestro entender podría haber sido, dotar al protectorado de la facultad, en defecto de las causas, que puedan estar previstas en los estatutos de las fundaciones, de la facultad de suspender en sus funciones o de cesar a los patronos en estas circunstancias y facilitar así una solución alternativa a la intervención judicial, dejando siempre a salvo las posibles acciones de responsabilidad que sean pertinentes<sup>329</sup>. En este sentido, el artículo 12 del anterior Proyecto de Ley del Protectorado respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de Utilidad Pública, presentado por el gobierno tripartito, contemplaba, únicamente, la posibilidad de que el protectorado pudiera solicitar la suspensión de los patronos, como medida cautelar, en la misma solicitud de intervención judicial, cuando la gravedad de las irregularidades y la protección de los intereses de la fundación así lo aconsejaren. Esta posibilidad también se sigue contemplando en la actual Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública. Hemos avanzado en este sentido, y pese a lo complicado que puede resultar habilitar al protectorado para poder suspender o cesar a los patronos. Con ello se pretende mitigar o agilizar la intervención, quedando siempre a salvo una garantía judicial posterior.

### 11.10 Introducción de un posible régimen sancionador

El Título V de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, regula por primera vez en este ámbito, un régimen sancionador que permite responsabilizar a la fundación en caso de que se cometan acciones u

---

<sup>328</sup>Ha sido lo ocurrido en el caso de la Fundación Orfeo -Palau de la Música que, según informó la prensa –entre otros, LA VANGUARDIA, 28.7.2009- reorganizó su patronato y la presidencia después de la dimisión de los responsables del escándalo. En este caso, además, la solicitud de intervención judicial por parte del Ministerio Fiscal no fue atendida siguiendo la posición contraria de la Administración.

<sup>329</sup>LLOVERAS i FERRER, Marc. R; “El protectorado de fundaciones en el Código Civil de Cataluña” *In Dret* 1/2010. pp. 24-25.

omisiones que quebranten las prohibiciones legales, especialmente en lo que se refiere a los deberes con el protectorado<sup>330</sup>.

#### **11.10.1 Sujetos responsables**

Aunque la responsabilidad recae sobre la fundación, se contempla la posibilidad de que la fundación ejerza la acción de compensación por el importe de las sanciones respecto de los miembros del patronato y de las personas con funciones de dirección, siempre y cuando se pueda determinar su responsabilidad, sin perjuicio de las responsabilidades de carácter civil que puedan corresponderle.

#### **11.10.2 Régimen sancionador**

Las sanciones previstas en la Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública sólo se podrán imponer previa incoación de un procedimiento sancionador con pleno respeto de los derechos de las personas presuntamente responsables y de acuerdo con la normativa reguladora.

##### **11.10.2.1 Tipificación de las infracciones**

Las infracciones previstas se clasifican en muy graves, graves y leves.

1. Infracciones muy graves (artículo 33 Ley del Protectorado de las Fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública).

Las infracciones muy graves han variado muy considerablemente en la nueva ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública respecto del anterior Proyecto de Ley respecto del Protectorado de las Fundaciones y de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, presentado por el gobierno tripartito.

Ambos proyectos establecen que se consideran como infracciones muy graves:

---

<sup>330</sup> Lo ha defendido MUÑOZ PUIGGRÒS, Xavier (2008), "Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones la posibilidad...". op.cit. la apunta también FERRER RIBA, Josep en "*Les Fundacions en el Llibre tercer*". Revista Jurídica de Catalunya. Vol. 108. Núm. 2. (2009). Págs. 317-354. Buena parte de la doctrina española sigue anclada en la defensa de la mínima intervención del protectorado y en la potenciación de las funciones asesoramiento, en las que la Ley estatal de Fundaciones de 2002 ya dio un paso sin que se haya planteado esta posibilidad. Valga aquí por toda la síntesis de que puede verse en este sentido, CUÑAT EDO, Vicente y CUENCA GARCÍA, Ángeles, "Comentario a los artículos 34 y 35 de la Ley 50/2002", en Jesús OLAVARRÍA IGLESIA (coord.). *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Págs. 851- 891. Págs. 853 y ss.

- Ejecutar acuerdos o realizar actos que requieren la autorización del protectorado sin haberla obtenido (letra a)  
Pero la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública añade a esta causa y, considera también, como infracción muy grave, ejecutar acuerdos o realizar actos sujetos a declaración responsable sin haberla adoptado ni presentado en los términos que establece el libro tercero del código civil de Cataluña.
- Obstruir la función de supervisión e inspección del protectorado (letra c)

La Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública establece que se considerarán también como infracciones muy graves; además, las siguientes infracciones.

- a) Acordar presentar una solicitud de autorización o una declaración responsable con el contenido falseado
- b) Incumplir el deber de comunicación o de abstención en caso de conflicto de intereses cuando resulten lesionados los intereses de la fundación (letra d).
- c) Incurrir en una causa que justifique la solicitud de la intervención judicial- (letra e).
- d) Presentar las cuentas anuales de la fundación ante el protectorado con un número de miembros inferior al establecido para constituirlo válidamente y adoptar acuerdos (letra f).
- e) La comisión de una cuarta infracción calificada como grave si en el plazo de dos años inmediatamente anteriores ha sido sancionado, por medio de una resolución firme, por la comisión de tres infracciones graves sin haber sido canceladas (letra g).

## 2. Infracciones graves (artículo 30 Proyecto de ley del Protectorado de las Fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública)

La definición de las faltas graves ha variado considerablemente en la nueva Ley respecto del primer proyecto presentado. La ley 21/2014, de 29 de diciembre, del

Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública contempla como infracciones graves las siguientes:

- a) Incumplir el deber de aprobar y presentar las cuentas anuales de la fundación y entidades vinculadas, y en su caso la auditoría externa, dentro del término legalmente previsto.
- b) Incumplir la obligación de renovación o elección de los miembros de los órganos de gobierno de la fundación, si ello comporta la imposibilidad de adoptar acuerdos.
- c) Incumplir el deber de acreditar ante el protectorado la perfección del acto o contrato objeto de la declaración responsable, no atendiendo el requerimiento efectuado sobre esta materia.
- d) Desatender los requerimientos u órdenes del protectorado relativos a la aplicación de los fondos y recursos de la fundación
- e) Incumplir con los deberes contables y la llevanza de los libros. De acuerdo con la ley
- f) No solicitar la inscripción de los actos inscribibles en el término legalmente establecido
- g) Desatender o responder de forma notoriamente insuficiente a los requerimientos del protectorado
- h) Actuar con una realidad extra registral que suponga la ruptura del trato sucesivo que afecta a los estatutos de la fundación y a la composición del patronato
- i) La comisión, en un término de dos años, de tres infracciones leves sobre las que hubiera recaído una resolución firme y no hayan sido canceladas
- j) La comisión de una cuarta infracción calificada como leve, si en el pazo de dos años inmediatamente anteriores a haber sido sancionado, por medio de resolución firme por la comisión de tres infracciones leves que no hubieran sido canceladas

Finalmente las infracciones leves varían notablemente respecto del primer Proyecto de Ley respecto de las Fundaciones y las Asociaciones de utilidad pública, presentado por el gobierno tripartito, y la Ley actual del protectorado. Así, el proyecto citado, solo contemplaba dos de las infracciones leves que contempla la actual normativa.

- a) Desatender los requerimientos de información formulados por el protectorado en el plazo establecido*

- b) *Incumplir el deber de comunicar al protectorado los actos y acuerdos sujetos a esta obligación, de acuerdo con lo que establece el Libro tercero del Código Civil de Cataluña.*

En cambio a nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública introduce una nueva causa:

*Incumplir el deber de acreditar ante el protectorado la perfección del acto o el contrato objeto de la declaración responsable.*

#### **11.10.2.2 Sanciones**

En la nueva Ley del protectorado, las sanciones han variado, considerablemente, respecto de las que contemplaba el Proyecto de Ley presentado por Convergencia i Unió<sup>331</sup> se endurecen las graves y varía la sanción en el caso de las leves ya que mientras que el proyecto establecía una multa de 300,00 a 599 Euros, ahora se sanciona con una amonestación.

La Ley de Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública contempla las siguientes sanciones según el tipo de infracción.

- Las muy graves:
  - Multa de más de 4.000,000 euros y hasta 20.000 euros
  - Imposibilidad de obtener ayudas o subvenciones de la Administración de la Generalitat durante el plazo de un año
  - La infracción comprendida en la letras a) del artículo 33. Además, se puede sancionar con la pérdida de los beneficios de la publicidad registral y el cierre registral parcial en los términos del artículo 363-3 del Código Civil de Cataluña.
- Las graves:
  - Multa de 1000 a 4.000 Euros
  - Las infracciones a las que hacen referencia las letras a, b y c del artículo 34 además de la multa establecida en el apartado anterior se pueden sancionar también con la imposibilidad de obtener ayudas y subvenciones de la Administración de la Generalitat durante el plazo de un año.

---

<sup>331</sup> Las infracciones que la Ley establece son menores a las que contemplaba el proyecto de ley presentado.



- La infracción de la letra b) del artículo 34, si no se enmienda la falta, comporta, además de las sanciones que establecen los apartados tercero y cuarto, la incoación de oficio del procedimiento administrativo para declarar la inactividad de la entidad.
- Las leves:
- Son sancionadas con una amonestación.

La imposición de las sanciones se rige por el principio de proporcionalidad de acuerdo con la gravedad de la acción o la omisión constitutiva de la infracción, así como por la concurrencia de las siguientes circunstancias agravantes y atenuantes (Artículo 37 Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública):

### **11.10.2.3 Graduación de las sanciones**

#### **11.10.2.3.1 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES**

La nueva Ley del Protectorado considera como circunstancias agravantes:

- a. La intencionalidad o negligencia notorias en la conducta de los infractores.
- b. La reincidencia<sup>332</sup> o reiteración<sup>333</sup> de las infracciones
- c. El hecho de que la fundación se nutra de fondos obtenidos mediante campañas de captación pública o con subvenciones u otros ingresos de carácter público
- d. El grado de profesionalización en la gestión de la fundación y el carácter retribuido del cargo ejercido
- e. La transcendencia económica y social de la infracción y los perjuicios ocasionados<sup>334</sup>

#### **11.10.2.3.2 CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES**

La nueva Ley del Protectorado considera como circunstancias atenuantes::

- La enmienda de las deficiencias causantes de la infracción durante la tramitación del expediente sancionador

---

<sup>332</sup> La Ley del protectorado 21/2014, de 29 de diciembre establece lo que se debe considerar como reincidencia, entendiéndolo como tal, la comisión de dos o más infracciones que hayan sido sancionadas con sanciones diversas mediante resolución firme

<sup>333</sup> La Ley del protectorado 21/2014, de 29 de diciembre establece que se considera como reiteración, el hecho de haber cometido durante dos o más infracciones que hayan sido sancionadas con sanciones iguales y por medio de una resolución firme

<sup>334</sup> Esta circunstancia no se contemplaba en el proyecto de ley presentado por Convergencia i Unió.

- Que la infracción no haya causado un daño a la entidad o a terceros

En cualquier caso el protectorado debe tener presente en el momento de imposición de la sanción, el principio de que la imposición de la sanción no debe resultar más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas (Artículo 37,4 Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública)

También es preciso destacar que este régimen sancionador se establece, sin perjuicio del ejercicio de acciones de responsabilidad civil contra los patronos, en los casos previstos por el Código Civil de Cataluña.

#### ***11.10.2.4 Procedimiento sancionador***

Los órganos competentes para la incoación y la resolución de los expedientes sancionadores han de seguir el procedimiento establecido por la normativa vigente en materia de procedimiento administrativo y en todo caso se deben sujetar a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de Régimen jurídico y de Procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña <sup>335</sup> (artículo 41 Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública).

#### ***11.10.2.5 Inscripción de las sanciones***

A tenor de lo dispuesto en la nueva ley del protectorado, las sanciones y los motivos que las causaron se inscriben en la hoja registral de la fundación mediante nota marginal una vez hayan devenido firmes en vía administrativa (Artículo 39 apartado primero de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública)

La anotación se cancelará de oficio una vez transcurrido el plazo de igual duración del que corresponde a la prescripción de la infracción (Artículo 39 apartado segundo de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública).

---

<sup>335</sup> Artículo que regula el derecho de los ciudadanos a una buena administración y que incluye: el derecho a que la actuación administrativa sea proporcional a la finalidad perseguida, derecho a audiencia y a presentar alegaciones, derecho a que las decisiones administrativas estén motivadas en los supuestos legalmente establecidos, derecho a una resolución expresa y en el plazo legalmente establecido, derecho a no tener que aportar documentos que ya se hallen en disposición de la Administración y, finalmente, derecho a conocer en cualquier momento el estado del procedimiento.

En todo caso se ha de asegurar el derecho a las personas que han sido sancionadas a ser informadas acerca de la anotación registral que se practique y del plazo de cancelación del asiento registrado (Artículo 39 apartado tercero de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública).

Resulta interesante destacar que mientras el anterior Proyecto de ley respecto del Protectorado de las fundaciones y de las asociaciones de utilidad pública, presentado por el gobierno tripartito, en el caso de las infracciones muy graves, contemplaba la publicación de la sanción impuesta, en la web del Departamento, una vez hubiera devenido firme en vía administrativa, haciendo referencia al nombre de la entidad, los infractores y la naturaleza de las infracciones y que, no obstante imponía como límite que la publicación no pudiera exceder de un período de seis meses<sup>336</sup>; la nueva Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública no recoge esta posibilidad.

#### ***11.10.2.6 Prescripción de las infracciones y sanciones***

El régimen de prescripción de las infracciones y sanciones que contempla la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública es el que regula el artículo 132 de la Ley del Estado 30/1992,, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Artículo 40 Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública).

#### ***11.10.2.7 Mediación***

Otro aspecto destacable es la posibilidad de acudir a la mediación como un mecanismo que ha de permitir evitar la imposición de sanciones o reducir su alcance cuando la infracción sea grave o leve. Pero la nueva Ley del protectorado dispone que no pueda existir mediación, si se da alguna de las circunstancias agravantes previstas en el apartado segundo del artículo 37 (Artículo 37 apartado quinto de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública).

---

<sup>336</sup> Artículo 22,4 del proyecto de ley respecto de las fundaciones y de las asociaciones declaradas de utilidad pública presentado por el gobierno tripartito y publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña el 7 de abril de 2010.

#### **11.10.2.8 Admisibilidad del régimen sancionador**

Se trata de una tipificación de conductas de la fundación que incluye casi exclusivamente el incumplimiento de deberes en su relación con el protectorado. En este sentido, el régimen puede entenderse como suficientemente coherente al establecerse como posible consecuencia del incumplimiento de estos deberes, teniendo en cuenta que la sanción está presente en todos los campos administrativos.

No obstante, en varios casos puede parecer desproporcionada, únicamente aplicable a partir de una cierta reiteración, pudiendo además entrar en cierta contradicción con la función de asesoramiento o incluso de suplencia que debe realizar el protectorado.

Además, en términos generales, puede afirmarse que las conductas sancionables tienen ya solución en la ley, por lo que pudiera ser incluso más conveniente profundizar en los deberes del mismo protectorado antes que sancionar a las fundaciones. Resulta de una claridad meridiana que un régimen sancionador puede coadyuvar por su sola existencia al aumento del cumplimiento de los deberes.

El cada vez mayor control público sobre las fundaciones, restringe la autonomía de la voluntad y produce que cada vez sean menos las iniciativas privadas en beneficio del interés general que persigue el derecho de fundación. Estas parecen ser las consecuencias de sucesos tan lamentables en relación con las fundaciones. Sin embargo, paradójicamente si existe alguna justificación admitida con carácter general al analizar el control público sobre las fundaciones. Esta justificación consiste en el cumplimiento por parte de éstas, de una finalidad de interés general definida por el fundador. Al ser entidades que por su naturaleza, deberían estar llamadas a sobrevivir a quien las creó, deben articularse técnicas de garantía al cumplimiento de esa voluntad y de los fines en que la misma se concreta. De Este modo la voluntad del fundador ocupa un lugar central en la justificación de dicho control.

No obstante, afirmar que el control público sobre las fundaciones es una intromisión en su actividad que contradice la concepción que en un marco de libertades debe caracterizar el desarrollo del derecho de fundación, es simplemente desconocer la realidad de las cosas e incluso desconocer la historia de la configuración fundacional<sup>337</sup>.

Por su propia consideración constitucional, la Administración Pública es la que, por naturaleza está llamada a ejercer el primer control sobre el cumplimiento de la

---

<sup>337</sup> Siguiendo a PIÑAR MAÑAS, José Luis y REAL PÉREZ, Alicia; *Derecho de fundaciones...*op.cit. Marcial Pons. Madrid 2000. Pág. 168-169.

voluntad del fundador –sin perjuicio, naturalmente, del control último que se reserva a jueces y tribunales-. El artículo 103 de la Constitución nos da base suficiente para llegar a esta conclusión.

Son innumerables, en la doctrina administrativista, los que han resaltado la posición de la Administración en relación con los intereses generales. Entre ellos<sup>338</sup>, nos gustaría citar una breve frase que, a nuestro entender, resume, sin lugar a dudas, la justificación del control del protectorado sobre la fundación, “(...) *allí donde aparecen intereses generales puede y debe intervenir la Administración Pública*”.

---

<sup>338</sup> Citado por NIETO ALONSO, Antonia; *Estudios sobre la Constitución Española. Libro homenaje al profesor García de Enterría*. Madrid. Civitas, 1992, Tomo III, Pág. 2223.

## 12. CONCLUSIONES

### I. La voluntad del fundador como ley suprema de la fundación

Nuestro objetivo en esta tesis doctoral ha sido destacar y recuperar la importancia de la voluntad del fundador, la voluntad de quien instituye o crea la persona jurídica, como un aspecto capital del Derecho de Fundaciones.

Como resultado de la presente investigación hemos podido constatar un exceso en la regulación de los requisitos para la constitución, así como un exceso de intervencionismo en la regulación de la organización y el funcionamiento de las fundaciones en Cataluña, lo que, a nuestro entender, supone un freno en la contratación de nuevas fundaciones. El propio legislador reconoce esta situación y pretende mitigarla con la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas. La reforma de la Ley, promovida por el Gobierno de la Generalitat, persigue ganar eficacia, agilidad y autonomía de gestión de las fundaciones y, en consecuencia, alcanzar una simplificación de los procedimientos administrativos, sin renunciar en modo alguno al control y la supervisión necesarios sobre su actividad.

Igualmente, constatamos y corroboramos aquellas opiniones que consideran probada una existente tensión del legislador entre la voluntad del fundador y el interés general, tensión que se resuelve, en la mayoría de los casos, en detrimento de la voluntad del fundador, lo que nos induce a cuestionarnos si se llega a conculcar el derecho de fundación que reconoce el artículo 34 de la Constitución.

Para resolver las muchas cuestiones planteadas hemos partido en todo momento de una premisa básica, que ha sustentado nuestros argumentos a lo largo de esta tesis: La voluntad del fundador es la *“ley suprema de la fundación”*. Nada ni nadie podrá alterarla so pena de poner en peligro la existencia de la fundación.

El análisis de los datos aportados nos permite afirmar, que la evolución de la fundación y su devenir histórico han contribuido a matizar y concretar la autonomía de la voluntad del fundador, circunscribiéndola a unos límites cada vez más precisos, sin que por ello desaparezca ni se pueda prescindir del papel fundamental que corresponde al fundador en la definición y organización de la institución, de conformidad con el artículo 34 de la Constitución. Sin embargo, como resultado de nuestra investigación, hemos constatado que en nuestro Derecho, no se reconoce a la autonomía de la voluntad del fundador el mismo imperio que en otros ordenamientos,

hecho que queda constatado en la no admisión de las fundaciones familiares, ni las de interés particular.

Las anteriores reflexiones, no demasiado optimistas, respecto del papel que pueda desempeñar la autonomía de la voluntad; en este sentido, disponemos hoy, en el Derecho Civil de Cataluña, de una regulación amplia, de naturaleza sustancialmente imperativa, lo que en la práctica quizás haya limitado el juego eficaz de la autonomía de la voluntad.

## **II. Sobre el respeto y restricciones a la voluntad del fundador**

Los avatares que ha sufrido la consideración que ha de merecer la voluntad del fundador han sido y son constantes, desde el más absoluto de los respetos al más furibundo de los ataques y el Libro tercero del Código Civil de Cataluña es un claro exponente de la anterior afirmación. No obstante, a partir del resultado de nuestra investigación podemos constatar que la nueva regulación de las fundaciones en Cataluña sufre una serie de restricciones a la autonomía de la voluntad que antes no existían. Sin embargo, resulta también innegable, a pesar de nuestra primera afirmación, el hecho de que numerosos artículos del Libro tercero del Código Civil de Cataluña defienden el más absoluto respeto a la voluntad del fundador.

Aún cuando la fundación siga siendo una institución heterónoma, podemos afirmar en primer lugar que la *libertad contractual* se topa, de entrada, con un tratamiento normativo no sólo sustancialmente imperativo, sino también excesivamente riguroso. En segundo lugar, la autonomía de la voluntad tropieza con la necesaria intervención del protectorado en la mayoría de los actos de la fundación, no sólo en su constitución sino a lo largo de toda su vida; si bien es cierto y no podemos olvidar que este régimen ha sido modificado a partir de la publicación de la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas, reduciéndose el número de autorizaciones, así como su significado, para determinadas operaciones del patronato, sustituyendo la autorización por la declaración responsable

Entre los preceptos a favor del respeto a la voluntad del fundador podemos destacar los siguientes:

- El Código Civil de Cataluña deja un margen bastante amplio a que el fundador pueda regular en los estatutos el régimen del órgano de gobierno (artículo 331-9 f Código Civil de Cataluña).
- Los fundadores pueden reservarse en la carta fundacional, de una forma temporal o hasta su muerte o extinción, el derecho a designar, separar y renovar los patronos y los cargos del patronato (artículo 332-4.4 Código Civil de Cataluña).
- Se reserva también, la posibilidad de que la acción de responsabilidad contra los patronos pueda ser ejercida por los fundadores (artículo 332-11.2 d Código Civil de Cataluña).
- La enajenación, el gravamen o cualesquiera actos de disposición de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación debe hacerse a título oneroso y, respetando las condiciones de los fundadores (artículo 333-1.1 Código Civil de Cataluña).
- Las fundaciones pueden fusionarse o escindirse si conviene para cumplir mejor las finalidades fundacionales pero siempre y cuando no haya sido prohibido por los fundadores. (artículos 335-2. 1 y 335-3.1 Código Civil de Cataluña).

Otras normas, en cambio, olvidan el respeto a la voluntad del fundador:

- Un claro exponente lo constituye el artículo 335-1 del Código Civil de Cataluña, en el que no sólo se permite al patronato apartarse de la voluntad del fundador para modificar cualquier extremo de los estatutos, sino incluso, convenir dicha modificación, con autorización del protectorado, en contra de la voluntad expresa del fundador.

De esta forma se permite que el patronato, al que el propio Código Civil de Cataluña legitima para modificar los estatutos de la fundación “*si conviene al interés de la fundación*” (artículo 335-1 apartado primero del Código Civil de Cataluña), altere con relativa facilidad la determinación de los fines que inicialmente hubieran sido fijados por el fundador. Esto vulnera, naturalmente, la regla de respeto a la voluntad del fundador, pero es apoyado por el legislador con el fin de fomentar una adaptación relativamente sencilla de las fundaciones a las nuevas circunstancias sociales. No cuestionamos la razón de fondo de la norma, pero sí lo hacemos en lo que se refiere al ataque a la voluntad del fundador que es y debe ser en todo caso la ley suprema de la fundación.



- Los artículos 332-1 a 332-12 del Código Civil de Cataluña, que son los que regulan el órgano de gobierno de la fundación, no imponen explícitamente al patronato la obligación de actuar con fidelidad a la voluntad del fundador en la realización de sus actividades.

### **III. Sobre la capacidad para fundar de las personas jurídicas públicas**

La gran innovación que introduce el Código Civil de Cataluña consiste en la posibilidad de que la constitución fundacional provenga de la iniciativa de una persona jurídica pública, una nueva iniciativa que viene a unirse al reconocimiento tradicional de la capacidad para fundar de las personas físicas y de las personas jurídicas privadas.

La consagración de la capacidad de fundar de las personas jurídico-públicas en el artículo 331-2 del Código Civil de Cataluña supone admitir la posibilidad de que concurren como cofundadoras de instituciones, situándonos ante un tipo de fundación a iniciativa pública que, si bien comparte con la fundación del sector público, la naturaleza pública del fundador, difiere de ella en cuanto al régimen jurídico aplicable, que será el común respecto al resto de instituciones fundacionales creadas a iniciativa particular. Habrá que diferenciar, no obstante, en función del ámbito competencial a que se adscriban, estatal o autonómico, para determinar con exactitud el régimen jurídico aplicable.

Que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña reconozca la capacidad a las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones privadas es de por sí y, a nuestro entender, una desafortunada elección legislativa, afortunadamente matizada por la circunstancia, que sólo pueden hacerlo conjuntamente con las privadas, de acuerdo con su normativa. Deducimos que el legislador, consciente de este infortunio, ha querido suavizar tal desagravio.

La Ley 7/2012, de 15 de junio de Modificación del Libro tercero del Código civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas, suprime el apartado 2 del artículo 331-2 del Código Civil de Cataluña que imponía el cumplimiento de alguna de las siguientes condiciones para su consideración como fundaciones públicas.

- a) Que se hayan constituido con una aportación mayoritaria de la Administración de la Generalitat, de los entes locales de Cataluña o de organismos públicos u otros entes que dependan de los mismos, tanto si la aportación se hace de forma directa como indirecta.

- b) Que más del 50% de su patrimonio fundacional esté formado, con carácter permanente, por bienes o derechos aportados o cedidos por las entidades a que se refiere la letra a.
- c) Que más de la mitad de los miembros del órgano de gobierno sean nombrados por la Administración de la Generalitat, por los entes locales de Cataluña o, por los organismos públicos u otros entes que dependan de ellos.

En primer lugar y a tenor de lo establecido en la Ley 7/2012, de 15 de junio, que modifica la Ley 4/2008, de 24 de abril que aprueba el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, los requisitos para constituir fundaciones públicas desaparecen y será suficiente para constituir las que lo hagan conjuntamente con personas privadas de acuerdo con su normativa.

En segundo lugar, se establece que la fundación desplegará sus efectos jurídicos en la medida que así lo permitan las leyes, esto es *“salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario”*, de donde se deduce también la fuerza creadora de la norma administrativa y el poder configurador que tiene de esa inicial capacidad.

A nuestro juicio, el artículo 331-2 del Código Civil de Cataluña parte de una noción de capacidad aplicada a los sujetos privados y caracterizada por la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10,1 de la Constitución Española. La transposición de este concepto a la Administración pública tropieza con serios escollos por diversas razones; entre ellas, que la Administración pública nunca puede gozar de capacidad jurídica privada, ya que nunca podrá equipararse a un sujeto privado porque *“carece como regla general, de la aludida titularidad de derechos fundamentales y libertades públicas, es decir, no goza de la dignidad y libertad que se expresa en la personalidad a que se refiere el artículo 10,1 de la Constitución”*.

El derecho de fundación de los particulares y el derecho de fundación de la Administración Pública son materias totalmente distintas de origen y naturaleza diferente, de raíz constitucional diversa y de finalidad divergente. El único punto de unión entre ambas materias se reduce a una cuestión de técnica legislativa brindada de forma inadecuada por el legislador a la Administración Pública en el Código Civil de Cataluña.

#### **IV. Sobre la modificación de los estatutos en contra de la voluntad del fundador**

El artículo 335-1 del Código Civil de Cataluña, destaca la promoción de los intereses generales sobre la voluntad del fundador, llevando a sus máximas consecuencias el principio denominado "*pro fundación*". Así que faculta al patronato para modificar los estatutos de la fundación -si conviene al interés de esta- a la vez que intenta suavizar esta realidad una vez reconocida, mediante la introducción de la superflua apostilla de que *se tiene en cuenta la voluntad del fundador*.

El artículo 335-1 del Código Civil de Cataluña no exige en ningún caso autorización judicial, sino que considera suficiente la aprobación del protectorado para realizar una modificación estatutaria, cualquiera que sea su alcance, lo que no deja de sorprendernos, especialmente en aquellos casos en que la fundación resulte difícilmente reconocible si la comparamos con su configuración original y, como la Constitución de 1978 reconoce el derecho de fundación, nos preguntamos si, en estos casos, la falta de aprobación judicial de la modificación acordada puede conculcar el derecho a fundar, deponiendo en manos de la Administración la posibilidad de permitir que se violente la voluntad del fundador, puesto que una simple autorización del protectorado, puede reducir a la nada la prohibición expresa del fundador.

Además y respecto de esta cuestión, merece la pena destacar como la intervención del protectorado en la modificación de los estatutos de la fundación, prevista en el Código Civil de Cataluña, presenta destacables diferencias respecto a la regulación que contempla la Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Mientras que la ley catalana califica como requisito para la modificación de los estatutos, la aprobación del protectorado, señalando además, que en caso de denegación, el protectorado deberá justificarlo mediante una resolución motivada que exclusivamente puede fundamentar en unos supuestos determinados (artículo 335-1 apartado segundo del Código Civil de Cataluña). La ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, por el contrario, califica la notificación de la modificación al protectorado como una mera comunicación; no obstante, atribuye también al protectorado la posibilidad de oponerse en el plazo de los tres meses siguientes, a contar desde la notificación del correspondiente acuerdo del patronato, y en este caso solo podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado (artículo 29,4 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones)

En virtud de la diferente regulación de ambas legislaciones, es posible deducir que mientras en la ley estatal no parece que el acuerdo de modificación deba ser aprobado

por el protectorado, sino que el acuerdo es eficaz desde el momento de su adopción y mientras no exista oposición por parte del protectorado. Tratándose, por consiguiente y, a nuestro parecer, de una regulación flexible que posibilita una modificación eficiente de los estatutos sin las trabas propias de un sistema de autorización, al tiempo que garantiza de modo eficaz la continuación de la vida de la fundación. De la regulación que hace la ley catalana deducimos que el acuerdo del patronato sólo será eficaz a partir del pronunciamiento del protectorado a favor o en contra de la modificación estatutaria. De lo que se desprende, una vez más, la supremacía de la Administración sobre la autonomía de la voluntad particular en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, en materia de fundaciones.

Fuera de estos casos específicamente previstos y de los casos en que la modificación se hubiera prohibido por el fundador, la intervención del protectorado únicamente se reconoce para oponerse o formular objeciones por razones de legalidad a la modificación estatutaria que se propone (artículo 335-1 apartado segundo del Código Civil de Cataluña).

#### **V. Sobre el patronato como órgano de gobierno fiel a la voluntad del fundador**

El artículo 332-1.1 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, establece con carácter expreso, que el patronato es el órgano de gobierno de la fundación y que es quien la administra y representa. No ocurre lo mismo en la Ley de competencia estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, porque el tenor literal de la ley parece pronunciarse en sentido contrario a la exclusividad. Así, se dice, que en toda fundación deberá existir un órgano de gobierno y representación, pero no se dice que el patronato sea el órgano de gobierno y representación de la fundación.

A esta conclusión cabría formularle algún reparo sobre la base de la consideración de órgano superior de la fundación, porque esta interpretación obvia que la condición de órgano superior aparece circundada y, en buena medida, justificada por la intervención de dos sujetos más relevantes que dicho órgano: por una parte, el fundador, que puede limitar, en el negocio fundacional, las atribuciones del patronato, dando entrada a otros órganos de gobierno y representación de la entidad; por otra parte, el legislador, que podría haber limitado expresamente las atribuciones del patronato y, a la vez, creado otros órganos en el texto legal, señalando a cada uno de ellos sus particulares competencias.

Los artículos 332-1 a 332-12 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña que regulan el órgano de gobierno de la fundación, tal y como hemos puesto de manifiesto anteriormente, no imponen explícitamente al patronato la obligación de actuar con fidelidad a la voluntad del fundador en la realización de sus actividades. Sin embargo, el que los artículos 332-1 a 332-12 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña omitan decir que el patronato debe actuar de conformidad con la voluntad del fundador, cobra una mayor relevancia a raíz del tenor literal del artículo 335-1 del mismo texto legal, en el que, como ya hemos indicado, se permite no sólo al patronato apartarse de la voluntad del fundador para modificar cualquier extremo de los estatutos, sino incluso convenir dicha modificación –con autorización del protectorado– en contra de la voluntad expresa del fundador. Esta última posibilidad es difícil de compaginar jurídicamente con lo dispuesto en el artículo 332-11 del Código Civil de Cataluña, que señala como aparte de por otras causas que no importan en relación al asunto que se analiza, *“los patronos responden de los daños que causen a la fundación por incumplimiento de la ley o de los estatutos o por actos u omisiones negligentes en el ejercicio de sus funciones”*.

El artículo 332-8 del Código Civil de Cataluña que regula el ejercicio de las funciones de gobierno, no impone explícitamente al patronato la obligación de actuar con fidelidad a la voluntad del fundador en la realización de sus actividades; no obstante, sí le obliga a ejercer sus obligaciones, con la diligencia de un buen administrador, de acuerdo con la ley y los estatutos, así como servir el cargo con lealtad a la fundación, actuando siempre en interés de ésta. Y, aunque esta obligación se puede presuponer porque el artículo 332-1 del Código Civil de Cataluña preceptúa que *“el patronato es el órgano de gobierno de la fundación, a la cual administra y representa de acuerdo con la ley y los estatutos”*, no hubiera estado de más, según nuestro parecer, que de algún modo hubiera hecho constar expresamente, la obligación de respetar la voluntad del fundador al regular el patronato.

## **VI. Sobre la responsabilidad de los patronos**

En base a lo dispuesto en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, los patronos son responsables por los daños causados a la propia fundación, por actos o acuerdos del órgano de gobierno, en los que intervenga dolo o falta de diligencia exigible a un representante leal. Los patronos asumirán la responsabilidad, que será solidaria entre todos los que intervinieron en las acciones causantes del daño.

La responsabilidad será exigida judicialmente en beneficio e interés de la fundación por acuerdo del patronato, por el protectorado o bien, por los patronos disidentes o ausentes o, por el fundador que no fuera patrono.

No obstante, independientemente de la responsabilidad frente a la fundación por daños causados a la misma, los terceros también podrán exigir la declaración de responsabilidades los miembros del patronato, por daños a ellos causados, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la fundación frente a terceros.

La introducción en el sistema español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, superando aquel principio general de que *las personas jurídicas no pueden delinquir*, comporta la posible imputación de las personas jurídicas y, por consiguiente, de las fundaciones.

En el seno de la fundación se pueden cometer variados delitos, pero sólo serán responsables las personas que hayan participado en la realización del acto delictivo. Por esta razón, consideramos, que es del todo necesario ejercitar el oportuno control sobre sus representantes, o empleados, mediante la adopción de determinadas medidas, implantación de protocolos internos de actuación en aras a la prevención de cualquier tipo de actuación ilícita. Tales protocolos, a nuestro parecer, sería muy aconsejable que se incorporasen dentro de los códigos éticos o de buen gobierno y, mediante los oportunos indicadores poder evaluar y que puedan permitir asegurar el nivel de cumplimiento. Estas buenas prácticas probablemente podrán resultar estándares o patrones a considerar por otras muchas entidades.

Ante la Administración Tributaria responderá, en principio, exclusivamente, la fundación del cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Ahora bien, la Administración Tributaria, puede extender a otras personas, de forma solidaria o subsidiaria, la responsabilidad de la deuda tributaria al amparo de lo previsto en los artículos 42 y 43 de la Ley General Tributaria.

Consideramos necesario, el establecimiento de un riguroso control del cumplimiento de las obligaciones contables, fiscales y laborales.

## **VII. Sobre la reversión fundacional**

Del análisis del articulado del Libro tercero del Código Civil de Cataluña concluimos que existen dos supuestos en los que es razonable preguntarse si en el ordenamiento catalán cabe la reversión de los bienes al fundador.

El primero de estos supuestos se planteaba ya con la anterior normativa en relación al destino que debería darse a los bienes integrantes de la dotación en el caso de que el informe del protectorado no fuera favorable e impida la inscripción de la fundación, en cuyo caso la fundación no adquiere la personalidad jurídica. Esta cuestión se contempla también en el artículo 331.12 del Código Civil de Cataluña, donde se alude con carácter expreso al destino de los bienes aportados en dicho supuesto y dispone que en ese caso los bienes aportados reviertan a favor de los fundadores, salvo que éstos hubieran dispuesto un destino diferente.

El segundo supuesto en que se plantea la reversión fundacional es en el momento de la liquidación de la fundación. El problema fundamental que plantea la liquidación de la fundación es el destino que debe darse a los bienes y derechos integrantes de su patrimonio afectos desde el momento de la constitución a la realización de los fines de interés general.

El artículo 335-6 del Código Civil de Cataluña dispone un destino patrimonial en sentido positivo, que no negativo; es decir, no se prohíbe la reversión, sino que se impone la vinculación al interés general. El precepto comentado establece que los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinen a las fundaciones, entidades privadas sin ánimo de lucro o entidades públicas que persigan fines de interés general. Todo ello supone que las entidades destinatarias de los bienes deberán reunir una serie de requisitos: deberán perseguir fines de interés general y, si se trata de entidades privadas, deberán reunir además dos requisitos más: carecer de ánimo de lucro y tener afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de fines de interés general.

Para determinar el destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación de la fundación extinguida habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el negocio fundacional o en los estatutos, lo cual significa la necesidad de atender en primer lugar a la voluntad del fundador manifestada en el acto constitutivo de la fundación, puesto que los estatutos forman parte de éste.

En el caso de que ni el negocio fundacional ni en los estatutos se haya previsto nada acerca del destino final de los bienes de la fundación extinguida, cabe que el fundador haya atribuido al patronato, en el negocio fundacional, la facultad de decidir dicho destino. Si es así, el patronato podrá determinarlo, pero siempre a favor de fundaciones o entidades no lucrativas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes definitivamente a la consecución de estos. En todo caso, el patronato necesitará, llegado este supuesto, la autorización previa del protectorado.

Finalmente, será nuevamente el protectorado a quien en su caso corresponderá cumplir con este cometido y el patronato decidirá, llegado el caso, el destino de los bienes de las fundaciones extinguidas entre las entidades a las que hace referencia este artículo.

No es necesario insistir, en el ámbito territorial propio del Libro tercero del Código Civil de Cataluña y en el ámbito competencial del Estatuto de Autonomía de Cataluña, cualquier pretensión de establecimiento o pervivencia de reglas fundacionales o estatutarias que tengan por objeto plantear la posible reversión del patrimonio fundacional a la mano privada carece de valor alguno.

#### **VIII. Sobre la justificación del protectorado y el carácter imperativo de las normas que establecen el alcance del control del protectorado sobre las fundaciones**

Las fundaciones, como personas jurídicas privadas dotadas de patrimonios especialmente afectados a la realización de fines de interés general, admiten la necesidad de una especial atención por parte de la Administración pública para asegurar que, en todo caso, esos fines de interés común queridos por el fundador se cumplan adecuadamente, es decir, para conseguir que se cumpla la voluntad del fundador en beneficio de colectividades genéricas o del interés general, o en otros términos, para lograr de las fundaciones la máxima rentabilidad social posible.

La justificación del protectorado que, en todo caso defendemos, no debe ser desarrollada de una forma compulsiva, como se ha hecho con la regulación de las funciones de inspección y control del protectorado en la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, sino de una forma cooperativa, de tal manera que la relación administrativa se configure en positivo. A nuestro entender, actualmente, como refleja la nueva Ley del Protectorado, se ha optado por una Administración interventora, propia de una Administración que desconfía de las instancias intermedias, en lugar de decantarse por la Administración que asesora y apoya técnica y financieramente al entramado del tejido fundacional, como se pretendía y proclamaba en la Exposición de Motivos de la anterior Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña.

Consideramos que son necesarias unas reglas de comportamiento que deben ser respetadas, pero es necesario subrayar que estas, en modo alguno, pueden ser



entorpecedoras de la libre iniciativa social, sino que simplemente esta ha de tener en cuenta las reglas fijadas por el legislador o por las autoridades públicas

No obstante, a menudo se dice, que la Administración tiene que intervenir poco o nada en este ámbito, pero con esta afirmación se olvida, que la razón de ser del protectorado es, precisamente, que se garantice, entre otros objetivos, el destino de un mínimo de un 70% de las rentas anuales al cumplimiento de las finalidades de interés general y, la preservación de la voluntad del fundador. Si eso no se da, la fundación pierde su verdadero sentido. Debe tenerse en consideración que la operatividad de la fundación depende del comportamiento de los patronos, que controlan un patrimonio que les es ajeno, sin que, en la mayoría de ocasiones, no tengan otra represión que la que pueda desarrollar el protectorado.

No obstante, una vez subrayada la importancia del protectorado, queremos poner de manifiesto como este, en el Código Civil de Cataluña, sigue sin existir administrativamente y se mantiene como un conjunto de funciones que son ejercidas por cargos u órganos administrativos que actúan como protectorado. La nueva Ley configura el protectorado con el objetivo primordial de garantizar el ejercicio del derecho de fundación y proteger al mismo tiempo los intereses de los beneficiarios de sus actividades con el fin de velar y garantizar que el proyecto fundacional se consolide de acuerdo con el interés general y la voluntad del fundador que, como hemos repetido en diversas ocasiones a lo largo de esta tesis doctoral, es la ley suprema de la fundación. Recriminamos desde nuestra tesis que la nueva Ley del Protectorado aprobada recientemente mantenga la misma configuración del protectorado, ejerciendo sus potestades a través de los órganos correspondientes del departamento competente en la materia (Departamento de Justicia) y que se haya desaprovechado la ocasión para potenciar la institución y lograr su configuración con un perfil propio dentro de la Administración o quizás para una progresiva independencia de ésta.

Las normas del Libro tercero del Código Civil de Cataluña que establecen el alcance del control de protectorado sobre las fundaciones son imperativas. En consecuencia, el fundador no puede proscribir dicho control, ni siquiera alguna de sus manifestaciones, ni puede evitar ninguno de los controles administrativos concretos, cuyo establecimiento constituye un límite a la voluntad del fundador. En consecuencia, si el fundador manifestara su voluntad contraria a la intervención del protectorado en el plano de la gestión económica de la fundación, su manifestación debería entenderse por no puesta, salvo que, en atención a las circunstancias del caso concreto, resulte

evidente que el fundador no habría decidido fundar si hubiera conocido el carácter imperativo de la intervención del protectorado. En tal caso, la fundación no podrá nacer por defecto sustancial en la declaración de voluntad y de acuerdo con las reglas generales.

Idénticas reflexiones se pueden reproducir en relación con las cláusulas integradas en el negocio constitutivo o en los estatutos de la fundación que establezcan que el patronato no precisará de las autorizaciones regladas por la ley para disponer válidamente de bienes o derechos de la fundación. Otro tanto se puede reproducir también en relación con las cláusulas que pretendan establecer un régimen de destino de rentas e ingresos de la fundación diferente al establecido en el Libro tercero del Código Civil de Cataluña, por cuanto estos preceptos son imperativos.

#### **IX. Sobre las funciones de suplencia**

El artículo 331-10 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña se conforma como una norma imperativa que conmina a los patronos sin ninguna clase de matiz a solicitar la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones y, mientras tanto, a hacer todo lo posible para conservar los bienes del patrimonio inicial y facilitar la actividad futura de la fundación. La Ley no deja al fundador margen de maniobra alguno para modificar su contenido, por lo que se elimina toda posibilidad de que el fundador pueda eludir dichas funciones.

No es que se admita que el patronato realice los actos que se contemplan, lo que permitiría su exclusión por parte del fundador, sino que deba realizarlos estipulando, además, las consecuencias de su no ejecución en el plazo establecido. En este caso, los patronos responderán con su propio patrimonio de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción. En lo que concierne al régimen de responsabilidad previsto, es, sin lugar a dudas, una norma de *ius cogens* diseñada por el legislador con el objetivo de garantizar la protección de los terceros que se relacionen con la fundación en formación, por encima de la voluntad del fundador.

La Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, durante el período de tiempo entre el otorgamiento de la carta fundacional hasta la inscripción, sólo permitía que los patronos o fundadores pudieran realizar aquellas actuaciones necesarias para conservar la dotación inicial y para “evitar cualquier perjuicio a la actividad futura de la fundación” (artículo 12). El Libro tercero del Código Civil de Cataluña va mucho más

allá y permite que hagan todo lo que corresponda para *“facilitar la actividad futura de la fundación”* (artículo 331-10).

La nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública atribuye al protectorado, como garante del correcto ejercicio del derecho de fundación, la posibilidad de ejercer las funciones de suplencia y nombramiento de los patronos que le reconoce el Código Civil de Cataluña y, además, le atribuye la potestad de adoptar las medidas necesarias para proteger el patrimonio destinado a la fundación y a la voluntad del fundador.

Es esta una intervención, sin duda intensa, que puede no encajar bien con el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de la que disfruta la fundación. La existencia del interés general y de la voluntad del fundador, pero también la mayor importancia en muchos casos de las contribuciones públicas por la vía de subvenciones, ayudas y conciertos y la existencia de un régimen tributario especial siguen justificando este tipo de control.

No obstante, el legislador, consciente del excesivo intervencionismo de la Administración, ha suavizado recientemente este férreo control, disminuyendo los actos de disposición sometidos a la autorización del protectorado que se mantienen, pero en el caso que lo exija expresamente el donante o lo establezca una disposición estatutaria o si los bienes o derechos objeto de disposición se han recibido de instituciones públicas o se han adquirido con fondos públicos.

#### **X. Sobre la necesaria decisión administrativa para constituir una fundación**

El control público sobre las fundaciones se manifiesta, en primer lugar, sobre el ejercicio mismo del derecho de fundación. Entre las varias opciones posibles, el legislador catalán se ha inclinado por la exigencia de una decisión pública para que la fundación pueda entenderse válida y plenamente constituida. La constitución de las fundaciones se hace depender de la necesaria inscripción en el Registro correspondiente, inscripción de la que además depende la adquisición de la personalidad jurídica de la fundación. A partir de la configuración de este sistema, observamos, que la voluntad del fundador sólo será eficaz si la supervisión inicial se supera.

Es preciso destacar, llegados a este punto, que el sistema elegido puede, sin embargo, plantear problemas, los cuales derivan en gran parte de la confusión que en la ley existe entre *funciones de protectorado* y *funciones de registro*. Ello se debe a que una competencia atribuida al protectorado –la de resolver las solicitudes de inscripción de las fundaciones, de los fondos especiales y de las delegaciones de fundaciones extranjeras- condiciona la inscripción de las fundaciones y, en consecuencia, su constitución. Subsiguientemente, nos encontramos ante la interferencia más intensa de cuantas experimenta el fundador: se hace depender de una decisión administrativa el ejercicio del derecho de fundación y solo si la decisión es favorable, la inscripción es posible y sólo en este caso la fundación adquiere personalidad jurídica.

En este sentido, el protectorado deberá verificar los requisitos de la escritura pública y el contenido mínimo de la carta fundacional de acuerdo con el artículo 331-4 del Libro tercero del Código Civil de Cataluña. La escritura de constitución deberá incluir, además, los estatutos que tienen también un contenido mínimo (artículo 331-9 del Código Civil de Cataluña), una dotación inicial (artículo 331-5 del Código Civil de Cataluña) y su aportación (artículo 331-6 del Código Civil de Cataluña), de la que se exige expresamente título y, la designación del patronato inicial, constando además un número suficiente de patronos que la acepte, para poder constituirse y tomar acuerdos válidamente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 331-10.2 del Código Civil de Cataluña.

La verificación de todos estos requisitos por parte del encargado del Registro se mantiene dentro del control de la legalidad, al estar regulados expresamente. Sin embargo, por lo que se refiere a las finalidades fundacionales y las actividades que se propone a llevar a cabo la fundación, constituye un elemento mucho más abierto y una valoración que puede superar el control de legalidad y adentrarse en el de oportunidad.

Es preciso destacar también otro elemento que puede introducir también discrecionalidad en el proceso de inscripción. Se trata del proyecto de viabilidad económica para los dos primeros años de funcionamiento de la fundación que, si bien no aparece como requisito de la carta fundacional, sí consta como requisito para la inscripción en el Registro, en virtud de lo dispuesto en el artículo 331-7 del Código Civil de Cataluña. La valoración de esta viabilidad carece de criterios establecidos por la ley, con lo que se establece un control no suficientemente reglado dentro de lo que se establece como un control puramente de legalidad.

## **XI. Sobre el régimen de autorizaciones del protectorado**

Una de las potestades del control que ejerce el protectorado sobre las fundaciones consiste en su competencia para otorgar autorizaciones administrativas para que la fundación pueda realizar ciertos contratos y operaciones patrimoniales. Las autorizaciones son una técnica administrativa de intervención cuyo objetivo es comprobar la conformidad de un sujeto, objeto o actividad a la normativa aplicable. Es preciso subrayar que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña pretende acoger el principio de mínima intervención por parte de los poderes públicos, o así al menos se proclama en su Exposición de Motivos, cuando establece que *“la intervención de la Administración sólo pretende verificar que las fundaciones cumplen el interés general”*.

En cuanto al régimen de autorizaciones proyectado, el control sobre todo el patrimonio y sobre cualquier acto dispositivo se ha contemplado con la intención de flexibilizar el régimen de este tipo de control y no imposibilitar la actividad de la fundación. Hoy, la autorización es sólo necesaria en los supuestos de enajenación o gravamen de los bienes y derechos, si los bienes o derechos objeto de disposición se han adquirido con dinero de instituciones públicas, si el donante lo ha exigido expresamente o, si lo establece una disposición estatutaria. (artículo 333-1 apartado 6, según redacción ofrecida por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas).

La Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña relativo a las personas jurídicas ha eliminado por tanto, el supuesto de la letra d) que añadía un supuesto más *“si el producto de la operación no se reinvierte totalmente en el patrimonio de la fundación”*, supuesto este, que pasará a estar sometido al régimen de la declaración responsable.

La antigua regulación establecía que la enajenación, el gravamen o cualesquiera otros actos de disposición de bienes y derechos que integraban el patrimonio de la fundación debía hacerse a título oneroso y respetando las condiciones de los fundadores o donantes de estos bienes. Además según el artículo 333-1.2 del Código Civil de Cataluña, cualquier acto de disposición o gravamen de los citados bienes y derechos debe ser comunicado al protectorado en un plazo de treinta días hábiles. De una interpretación literal de la norma cuyo redactado parece desconocer que una fundación se caracteriza en la medida de lo posible por realizar actividades gratuitas en favor de sus beneficiarios se podrían llegar a situaciones absurdas y rocambolescas como por ejemplo *Una fundación que vende productos artesanales y*

*otros productos para alcanzar sus fines fundacionales; ¿debía comunicar en un plazo de 30 días, las ventas diarias de sus bienes?*

Fuera esa o no la verdadera intención del legislador, lo cierto es que este punto también ha sido objeto de modificación. El nuevo artículo 333-1.1 del Código Civil de Cataluña solamente hace referencia a los actos de enajenación o gravamen de bienes que integren *“la dotación o los destinados directamente al cumplimiento de las finalidades fundacionales”*. Asimismo, respecto a las comunicaciones al protectorado también han habido cambios, pues tal y como dispone el nuevo apartado tercero del artículo 333-1 del Código Civil de Cataluña *“los actos de enajenación o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o bienes muebles, con un valor de mercado superior a 15.000 euros, deben comunicarse al protectorado antes de su ejecución”*.

Para finalizar los comentarios sobre estas modificaciones, brevemente apuntaremos que el artículo 333-1.3 del Código Civil de Cataluña, también dispone que si el valor del mercado de la operación supera los 100.000 euros o el 20% del activo de la fundación, se debe presentar también una declaración responsable al protectorado en que se haga constar que la operación es beneficiosa para la fundación, así como aportar un informe de un técnico independiente.

Aprovechamos la mención a la declaración responsable para destacar la creación del artículo 332-13 del Código Civil de Cataluña, en el que se regula con detalle la citada declaración, destacando expresamente los siguientes puntos:

- La adopción de declaraciones responsables es un acto indelegable del patronato
- Las declaraciones responsables deben ser adoptadas con el voto favorable de 2/3 de los patronos
- Se ha regulado un régimen de responsabilidad para los patronos
- Las declaraciones responsables se formularán con un modelo que facilita el protectorado

Respecto a la duración del procedimiento, la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública pone punto final al conflicto que se presentaba entre dos normas ya que el Libro tercero del Código Civil de Cataluña en su redacción original no derogaba en su totalidad la Ley 5/2001, de 2 de mayo de Fundaciones, de Cataluña puesto que salvaguardaba la vigencia de los artículos 51 y

52 y el problema se producía respecto del plazo en que el protectorado debía resolver las solicitudes de autorización de acuerdo con el artículo 51, en el plazo de tres meses, mientras que el artículo 333-1.4 del Código Civil de Cataluña establece este plazo en dos meses.

El artículo 333-1 apartado 7 según redacción ofrecida por la Ley 7/2012, de 15 de junio, de Modificación del Libro tercero del Código Civil de Cataluña, establece en el mismo precepto legal, que el plazo para los actos de autorización previstos, será de dos meses y así, soluciona finalmente esta contradicción al prever la derogación de los artículos 51 y 52 de la Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones de Cataluña.

## **XII. La nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública**

El pasado 31 de diciembre de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública, con la finalidad primordial de regular el alcance y las funciones del protectorado y el órgano de supervisión de las asociaciones declaradas de utilidad pública.

Como hemos puesto de manifiesto en repetidas ocasiones a lo largo de esta tesis, el mundo fundacional y asociativo ha experimentado un notable incremento de su actividad durante estos últimos años y un mayor incremento de su actividad y presencia en la vida económica del país lo que conlleva que la información con la que trabajan sea cada vez más compleja, razón por la que ha sido necesaria una nueva regulación que respete la autonomía de gestión y funcionamiento de estas entidades, que les permita a la vez una actuación ágil y eficiente, y en la que el rol del protectorado tenga las potestades adecuadas para poder alcanzar su finalidad

La nueva Ley configura el protectorado con una doble finalidad: garantizar el ejercicio del derecho de fundación y proteger al mismo tiempo los intereses de los beneficiarios, todo ello con el único objetivo de velar para que el proyecto fundacional se desarrolle de acuerdo con el interés general, de conformidad con la legislación vigente, pero también conforme a la voluntad del fundador que es la ley suprema de la fundación.

Podemos destacar como principales novedades que introduce la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública.

- Medidas de fomento de los controles internos en el seno de las fundaciones y de responsabilidad de los patronos, con la propuesta de que estos órganos de control interno no estén integrados por personas que no formen parte de los órganos de gobierno ni ejerzan funciones de dirección en las fundaciones.
- Medidas dirigidas a incrementar la colaboración interadministrativa e institucional para coordinar las funciones de supervisión y control.
- Medidas encaminadas a la implementación de una cultura de transparencia, imparcialidad y no discriminación para garantizar que se hace un uso correcto de las ayudas y subvenciones públicas recibidas.
- Se atribuye al protectorado una potestad inspectora, regulando expresamente los supuestos que pueden dar lugar a una inspección; destacan, entre otros, el desatender los requerimientos del protectorado o no renovar los miembros del patronato después de dos años de que hubieran vencido.

Debemos prestar especial atención a la circunstancia de que como resultado de un procedimiento inspector se pueden derivar responsabilidades para los patronos o miembros del órgano directivo.

- Se confiere una nueva potestad al protectorado respecto de las fundaciones, la potestad sancionadora, con el fin de que actúe como mecanismo disuasorio de conductas contrarias a las obligaciones administrativas. No obstante, las disposiciones referentes al régimen sancionador que se recogen en el Capítulo II del Título V entrarán en vigor a partir del 1 de enero de 2016.

La nueva Ley enumera las actuaciones que pueden ser constitutivas de infracciones, clasificándolas como muy graves, graves o leves y establece las sanciones correspondientes.

Las disposiciones adicionales segunda a séptima de la Ley entrarán en vigor en el momento que se hayan llevado a cabo las adaptaciones técnicas de los sistemas informáticos que han de permitir la interoperabilidad de los sistemas electrónicos con la Ventanilla única Empresarial, circunstancia que se deberá hacer pública por medio de un anuncio en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña



### **XIII. Sobre la extensión del control del protectorado a las entidades vinculadas en la nueva Ley del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública**

Novedad destacable resulta también, el hecho de cómo se amplía el control de protectorado con la nueva Ley, que prevé su extensión a las entidades vinculadas a las fundaciones, considerando como tales:

- aquellas en las que los miembros de los respectivos órganos de gobierno coincidan en más de un 30%;
- cuando las operaciones con transcendencia económica entre ellas represente más del 20% de los gastos del ejercicio contable anual de cualquiera de ellas;
- cuando el inmovilizado de una de las entidades provenga o hubiera sido aportado en más de un 30% por otra entidad

Se establece la obligación de tales entidades de hacer constar las operaciones hechas entre ellas en la memoria anual de actividades, la obligación de presentar las cuentas anuales de forma conjunta y la obligación de comunicar la situación de acumulación de cargos.

El objetivo del texto es potenciar la transparencia de tales entidades, y se presenta como respuesta a lo sucedido con el caso Palau de la Música Catalana, que ha condicionado la opinión pública. El gobierno reaccionó incorporando en el Proyecto de ley del Protectorado, medidas que incrementaban los instrumentos de control a disposición del protectorado, tanto para comprobar que el patrimonio de las fundaciones se destina a las finalidades fundacionales, como respecto a los efectos de declarar una asociación como de utilidad pública, en particular, en cuanto a la recepción de donativos y subvenciones públicas

Se propone así, en primer lugar, que el protectorado deba conocer la compatibilización de cargos en diferentes entidades vinculadas, Pues han de comunicar dicha circunstancia a los órganos de gobierno de las entidades afectadas y al protectorado. Esta obligación profundiza en un mejor conocimiento interno y en la diversificación de la gestión ya impuesta por el Libro tercero del Código Civil de Cataluña; sin embargo, desconocemos los criterios de compatibilidad, igualmente dudamos que esta medida vaya a afectar, a los presidentes de cajas catalanas, de clubes de fútbol o de partidos políticos, que presiden también sus fundaciones. Además, la vinculación entre

diferentes entidades deberá tener también su reflejo contable, y para ello se obligará a las fundaciones creadas por una asociación a presentar un balance consolidado.

En segundo lugar, se propone la obligación de presentar las cuentas anuales de estas entidades junto con las cuentas propias de las fundaciones.

En tercer lugar, se propone, la modificación del Plan Contable para incrementar la información incluyendo en la memoria un mayor detalle de las subvenciones recibidas de entidades públicas y de convenios de colaboración con entidades públicas o privadas. La medida, que contribuiría a incrementar la información justificativa de la adecuación de las actividades realizadas a las finalidades fundacionales, resulta mucho más relevante para el control público que obligar a incluir información sobre acciones realizadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres -tal como ocurre actualmente-. La medida, no obstante, omite la necesidad de una coordinación profunda de las subvenciones y ayudas públicas, siendo aquí perfectamente posible un control unificado, quizá incluso, dentro del mismo protectorado y hasta cierto punto, previo a la concesión de subvenciones. Nuevamente apreciamos y criticamos, como desde la desconfianza, se extiende y amplía el control y el intervencionismo de la Administración Pública sobre las fundaciones.

#### **XIV. Sobre el excesivo carácter intervencionista del protectorado en su actual regulación**

Entre las funciones más destacadas que corresponden al protectorado se encuentran, las de control y fiscalización sobre las fundaciones. El ejercicio de esta función del protectorado acompaña a la fundación durante toda su vida, desde la supervisión de las actividades que tienen que ver con las finalidades fundacionales hasta la supervisión del proceso de extinción de la fundación, pasando por el control patrimonial, de la gestión económica y de los cambios en la organización institucional de la fundación.

A lo largo de esta tesis hemos insistido continuamente en la exigencia de un cambio radical en la concepción, configuración y naturaleza del protectorado, que debe reconvertirse hacia una función no solo de control o fiscalización, sino también de apoyo, impulso y asesoramiento, por lo que nos parecen adecuados las funciones de asesoramiento del artículo 8 de la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del

Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública .

A esta modificación del perfil de protectorado quiso orientarse la ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, que en su Exposición de motivos afirmaba que uno de los objetivos de la nueva regulación era la de dar respuesta a la problemática surgida de las nuevas fundaciones y configuraba la ley como una norma poco intervencionista.

Sin embargo, el Libro tercero del Código Civil de Cataluña no parece inspirado de ese espíritu liberal que proclamaba la anterior normativa y, lejos de fomentar tal espíritu, aumenta las funciones de control por parte del protectorado y mantiene un carácter fuertemente intervencionista. El Proyecto de ley del Protectorado presentado por el gobierno tripartito, después del escándalo originado por los abusos cometidos en el Palau de la Música Catalana y, finalmente, la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública incorporan un mayor desarrollo de la inspección y la posibilidad de sancionar a las fundaciones, que cometan infracciones tipificadas en el mismo texto legal, posibilidad, sin duda, polémica, a la que el caso Palau pudo dar un importante empuje.

La novedad más relevante la encontramos por tanto en la Ley del Protectorado con la introducción, por primera vez e incrementando todavía más el carácter intervencionista, casi como una derivación natural del desarrollo de la facultad de inspección, de un régimen sancionador sobre la fundación.

El listado de las funciones previstas por la ley se amplía recogiendo ahora más exhaustivamente las actuaciones del protectorado. Así, el artículo 336-2.2 del Código Civil de Cataluña incluye con leves retoques todas las funciones previstas en el artículo 48 de la Ley de Fundaciones 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, de Cataluña, a las que añade únicamente dos menciones de funciones ubicadas ahora en el artículo correspondiente, pero que ya estaban igualmente previstas en la legislación anterior, e integrables mediante la cláusula residual (artículo 48.g de la Ley de Fundaciones 5/ 2001 de 2 de mayo, de Cataluña y 336-2.2.i del Código Civil de Cataluña). Se trata de la legitimación para interponer la acción de responsabilidad contra los patronos –ya prevista en el artículo 21.3- y de la mención expresa de las funciones de suplencia –prevista también en el artículo 3.2 de la Ley de Fundaciones 5/2001 de 2 de mayo-. Las novedades sustantivas se limitan pues, a la reintroducción expresa de la potestad inspectora (apartado d *in fine*) y a la legitimación del

protectorado para la impugnación de actos y acuerdos contrarios a la ley o a los estatutos o que lesionen el interés de la fundación (apartado g).

La Ley del Protectorado, introduce otra forma de control por parte del protectorado consistente en verificar las cuentas anuales y la verificación de que los recursos económicos de la fundación, han sido aplicados a las finalidades fundacionales. Esta nueva muestra del intervencionismo de la Administración sobre las fundaciones puede en todo caso, suponer mayores costes para la fundación, cuando en muchas ocasiones lo más aconsejable en estas situaciones será precisamente la inspección prevista en la nueva Ley del Protectorado de las Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública.

Por otra parte, es preciso destacar que la intervención temporal es la medida más intensa y estricta del control público de las fundaciones prevista por el Código Civil de Cataluña para los supuestos más graves de desviación en sus actividades por parte de la fundación. En nuestra opinión, esta medida tiene un carácter absolutamente excepcional y debe interpretarse de forma restrictiva, por lo que, a nuestro parecer, se echa en falta, que el Código no haya señalado un plazo concreto máximo de duración, por lo que debemos entender que será el mínimo necesario para que la fundación recupere la normalidad y pueda gobernarse de nuevo por su órgano propio.

## **XV. Sobre las facultades del protectorado**

Consideramos que el protectorado en el libro tercero del Código Civil de Cataluña y, en mayor medida, en la nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de Fundaciones y de Verificación de la Actividad de las Asociaciones de Utilidad Pública que complementa dicha normativa, tiene una función eminentemente fiscalizadora, lo que viene probablemente motivado por el asunto del Palau de la Música Catalana, como hemos manifestado en reiteradas ocasiones y, que ha sensibilizado considerablemente a la sociedad catalana.

Creemos que esta excesiva fiscalización puede mermar un derecho eminentemente privado, reconocido por la Constitución Española e integrado en los llamados Derechos de los ciudadanos, lo que implica su desarrollo por ley. La regulación de esta figura en el Código Civil de Cataluña lo confirma como una figura de Derecho privado y por lo tanto influida, conformada y presidida por el principio de la autonomía de la voluntad que el Código Civil de Cataluña denomina *libertad civil* en su artículo 111,6, y en la parte destinada a los Principios Generales.

La declaración anterior nos lleva a la consideración que el legislador debe ser muy cauteloso en la regulación de la institución del protectorado en el sentido que la misma no puede vulnerar el libre ejercicio del derecho constituir fundaciones.

En este sentido, existen normas en la Ley del Protectorado que nos parecen adecuadas y otras cuya aplicación deberá ser muy cautelosa para evitar desvirtuar el derecho de fundación. Como aspectos positivos debemos destacar la existencia de una única Administración de la que dependerá todo el protectorado, pues se atribuye al Departamento de Justicia de la Administración de la Generalitat de Cataluña, competente en materia de fundaciones y asociaciones. Asimismo, y por comparación con la ley estatal, también nos parece adecuada la no exigencia de un informe previo para poder acceder al Registro, pues de no ser así habría implicado una dualidad de calificaciones registrales, la primera soslayada bajo el informe previo y la segunda, la calificación *strictu sensu*, que es la que permitirá el acceso o no al Registro de la fundaciones que lo soliciten y de los actos relativos a las mismas.

No obstante y, a lo largo de la realización de esta tesis doctoral hemos ido encontrando aspectos muy discutibles como son aquellas funciones atribuibles al protectorado que puedan ser utilizadas por éste para cercenar, sin mayor apoyo legal, el libre ejercicio del derecho de fundación, por ejemplo en la proliferación de ciertas nociones algo difusas como las que afloraban en el artículo 4 c) del Proyecto de ley del Protectorado respecto de las fundaciones y las asociaciones declaradas de utilidad pública presentado por el gobierno tripartito en el año 2010 en cuya virtud se confería al protectorado la facultad de analizar la viabilidad económica de las fundaciones, la adecuación de la dotación inicial y su idoneidad para el cumplimiento de las finalidades fundacionales, entendiendo que tales conceptos jurídicos resultaban indeterminados y cuya concreción se estaba atribuyendo al protectorado, soslayando que se trata de un órgano administrativo y no judicial. Del mismo modo no deben perderse de vista algunas restricciones no previstas en el Código Civil de Cataluña, como la prevista en el artículo 10 del mismo Proyecto de ley del Protectorado respecto de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública que atribuía al protectorado la facultad consistente en que, en caso de circunstancias excepcionales que aconsejaren la realización de una auditoría de cuentas de la fundación, el protectorado podía instar su realización a la fundación aunque no se diera ninguna de las circunstancias del artículo 333-11 del Código Civil de Cataluña y sin perjuicio de la legitimación extraordinaria del artículo 332-8 del Código Civil de Cataluña. Esta introducción obedecía nuevamente a las prácticas descubiertas entre la entrada en vigor del Código Civil de Cataluña y el Proyecto de ley del Protectorado.

La nueva Ley 21/2014, de 29 de diciembre del Protectorado de fundaciones y de Verificación de la Actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública ha solventado estas cuestiones porque no contempla las atribuciones más que discutibles que hemos puesto de manifiesto para un órgano administrativo como es el protectorado y en relación con el ejercicio del derecho de fundación proclamado en el artículo 34 de la Constitución Española.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho Civil I*. Barcelona, 1989. Editorial Bosch.

ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz. *Fundaciones y derecho administrativo*. Madrid 2010. Editorial Marcial Pons.

ARANGUREN URRIZA, Francisco José. “Los órganos de la sociedad anónima: II. Los administradores de la sociedad anónima”, en la VV.AA *Instituciones de Derecho Privado*. Víctor M. GARRIDO DE PALMA, J- CARLOS SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Francisco J. ARANGUREN URRIZA, Tomás MARTÍNEZ FERNÁNDEZ

BADENES GASSET, Ramón. “Crítica del Derecho positivo español en relación con las fundaciones” en *Hacia un estatuto de las fundaciones en España*. Madrid, 1979 Centro de fundaciones.

BADENES GASSET, Ramón. “Regulación legal de las fundaciones: algunas consideraciones críticas del Derecho español”, *Revista de Derecho privado* 1979.

BADENES GASSET, Ramón. *Las Fundaciones de Derecho Privado. Tomo I*. 3ª edición. Barcelona, 1986. Editorial Bosch.

BADOSA COLL, Ferran. *Manual Dret Civil Català*. Madrid, 2003. Editorial Marcial Pons.

BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael. “Entorno al artículo 28 Ley 50/2002” en Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo. Vol. 1, 2004. Pág. 461 a 488.

BARATO RISOTO, Luis. “Las Cuentas anuales. La rendición de cuentas” en la VV.AA. *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid, 1995. Editorial Dykinson.

BARRAL VIÑALS, Inmaculada. “Fundación y empresa. Acerca de la actividad económica de las fundaciones”, *Carta Civil*, septiembre 2000. Madrid .Pág. 6.

BATALLER RUIZ, Enric. “La competencia autonómica en materia de fundaciones” en *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 32, 2000. Pág. 97 a 112.

BELLO JANEIRO, Domingo. “La normativa gallega sobre fundaciones y su relación con la ley estatal” en Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo. Vol. 1, 2004. Pág. 461 a 488.

BENEYTO FELIU, Jesús. Personas jurídicas, Asociaciones y Fundaciones. Parte Tercera: Fundaciones” en *Instituciones de Derecho Privado* (Coord. DELGADO DE MIGUEL, JF) Tomo I. Personas. Volumen 3º. (Coord. MARTÍNEZ SANCHIZ, JA.), Consejo General del Notariado. Madrid 2004. Editorial Civitas.

BENEYTO PÉREZ, José María. *Tratado de Fundaciones*. Barcelona, 2007. Editorial Bosch.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Comentario a la STC 21-XII-2005, En Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 72, 2006. Pág. 1607 a 1636.

BERGAMO, Alejandro. “Las acciones” en *Sociedades Anónimas*. Prensa Castellana. Madrid 1970.

BERGOS CIVIT, Raimon y BERGOS CIVIT, Georgina. *Todo sobre las Fundaciones: Manual, Legislación y Formularios*. Barcelona 2008. Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.

BILLOCH BARCELÓ, Miquel. “La fundació privada: evolució històrica i concepte actual. Panoràmica estrangera i espanyola. Fonts jurídiques. Les fundacions catalanes” en *Fundacions Privades Catalanes*. Barcelona 1984. Escola d’Administració Pública de la Generalitat de Catalunya.

BLANCH NOGUÉS, José María. “Sobre la personalidad jurídica de las fundaciones en Derecho Romano”. En RGDR núm. 10. 2008.

CABALLEIRA RIVERA, María. *Fundaciones y Administración Pública*. Barcelona 2009. Editorial Atelier.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. “Presente y futuro de las fundaciones en España” en *Boletín del Comité Español de Bienestar Social*, núm. 18-19, Madrid 1989.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. “Las fundaciones en España: situación actual y perspectivas de futuro desde la óptica social” en *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*. Madrid 1991. La Ley.



CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. “Comentarios a la Ley de Fundaciones” en *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, Madrid 1995. Escuela Libre Editorial. Marcial Pons.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. “Comentarios a los artículos 21 a 26” en *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, Madrid 1995. Escuela Libre Editorial. Marcial Pons.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. *El tercer sector y las fundaciones de España hacia un nuevo milenio*. En Enfoque económico, sociológico. 1998.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. “El derecho de fundación en la Constitución”, en CIRIEC, número 47, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, 2003. Pág. 221 a 249.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel y DE LORENZO GARCÍA, Rafael. *Presente y futuro de las fundaciones*, (Dir.), Madrid 1990. Editorial Civitas.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel y DE LORENZO GARCÍA, Rafael. “La constelación de las Entidades no Lucrativas: El Tercer Sector” en *El sector no lucrativo en España*, Colección Solidaridad núm.5, Fundación ONCE. Madrid 1993. Escuela Libre Editorial-Marcial Pons.

CABRA DE LUNA, Miguel Ángel y FRAGUAS GARRIDO Berta. *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas?* Madrid, 2004. Editorial Fundación Vodafone España.

CAFFARENA LA PORTA, Jorge. “Modificación y extinción de las fundaciones”, en *Cuadernos de Acción Social*, núm. 4, Madrid 1987. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

CAFFARENA LA PORTA, Jorge. *Constitución, modificación y extinción de las fundaciones*. Madrid 1990. Editorial Civitas.

CAFFARENA LA PORTA, Jorge. “El artículo 39 del Código Civil y la extinción de las Fundaciones” en Centenario del Código Civil. Vol. 1, 1990. Pág. 371 a 391.

CAFFARENA LA PORTA, Jorge. *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid 1991.

CAFFARENA LA PORTA, Jorge. "Comentarios a los artículos 6 a 9, 11 y 27 a 31" en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid 1995. Escuela Libre Editorial-Marcial Pons.

CAFFARENA LA PORTA, Jorge. "Comentarios a los artículos 36 a 39" en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, dirigidos por DE LORENZO, R, TOMO I. Madrid 1995. Escuela Libre Editorial-Marcial Pons. Págs. 65 y ss.

CAFFARENA LA PORTA, Jorge. "El negocio fundacional y la constitución de las fundaciones", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T.34. 1995. Pág. 83 a 104.

CAPILLA RONCERO, Francisco. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid, 1984. Editorial Tecnos.

CAPILLA RONCERO, Francisco. "Teoría General de las personas jurídicas". Ponencia presentada en *Novenes Jornades de Dret Català* celebradas en Tossa de Mar del 19 al 21 de septiembre de 1996.

CAPILLA RONCERO, Francisco. *Las fundaciones. Funciones y disfunciones*, Madrid 2004. Editorial Tecnos.

CARRANCHO HERRERO, María Teresa. "La extinción de las fundaciones", en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, enero-abril, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 8. Madrid, 1996. Pág. 15 a 43.

CARRANCHO HERRERO, María Teresa. *La constitución de fundaciones*. Barcelona 1997. Editorial José María Bosch.

CARRANCHO HERRERO, María Teresa. "La fusión de fundaciones" en *Estudios sobre el Ordenamiento Jurídico español*. Universidad de Burgos, 1996.

CARRANCHO HERRERO, María Teresa. "Las fundaciones de patrimonio" en *Revista de Derecho privado* núm. 82, 1998, Pág. 798 a 814.

CASA GARCÍA, Rafael. *La Fundación-Empresa en Tratado de Derecho Mercantil* número 17, Madrid 2009. Editorial Marcial Pons.

CAZORLA PRIETO, Luís María. *Fundaciones: Problemas actuales y reforma legal*. Pamplona 2011. Editorial Aranzadi.

CORONA ROMERO, Enrique. *Fundaciones. Análisis práctico de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, CISS. Valencia 1995.

COVIAN y JUNCO, Víctor. “Desamortización”, en *Enciclopedia Jurídica Seix*. Tomo XI.

CUSCÓ, Margarita y CUNILLERA, Montserrat. *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*. Madrid 2003. Editorial DIJUSA.

CHULIÀ, Vicente. *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, dos tomos tres volúmenes. *Comerciantes. Sociedades. Derecho industrial*, Vol. 1º, Barcelona 1991, 3ª edición, Josep Mª Bosch.

DE CASTRO y BRAVO, Federico. *La Persona Jurídica*. Madrid 1986. Editorial Civitas. 2ª edición.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael. *El nuevo Derecho de Fundaciones*. Colección Solidaridad núm.3. Madrid 1993. Fundación ONCE. Editorial Marcial Pons. 516 Págs.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael. “Comentarios a los artículos 12 a 16” en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid 1995. Escuela Libre Editorial. Marcial Pons.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael. “La organización y atribuciones del Protectorado”. *Las fundaciones. Desarrollo Reglamentario de la Ley*. Fundación Alfonso Martín Escudero. Madrid 1997. Editorial Dykinson. Madrid.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael. *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid 2005. Fundación ONCE.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael. *Sistema español de fundaciones: Estado y Comunidades Autónomas*. Pamplona 2010. Editorial Aranzadi.

DE LORENZO GARCIA, Rafael y CABRA LUNA, Miguel Ángel. “Las fundaciones” y “La constelación de las entidades no lucrativas: el Tercer Sector” en *El Sector no lucrativo en España*, Madrid 1993. Escuela Libre Editorial. Marcial Pons.

DE LORENZO GARCIA, Rafael y CABRA LUNA, Miguel Ángel. “Las fundaciones de empresa” en *Revista Derecho de los Negocios*. Madrid 1993. La Ley, núm. 39, diciembre.

DE LORENZO GARCIA, Rafael y CABRA LUNA, Miguel Ángel. “La organización y atribuciones del Protectorado” en *Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la ley*. Fundación Alfonso Martín Escudero. Madrid 1997. Editorial Dykinson.

DE PRADA GONZÁLEZ, José María. “Las Fundaciones”, *Actualidad Civil*, número 19, mayo 1987. Pág 244.

DE PRADA GONZÁLEZ, José María. “Observaciones en torno a una futura Ley de Fundaciones”, en *Revista Actualidad Derecho Civil*. Madrid 1989. Pág. 100.

DE PRADA GONZÁLEZ, José María. “Algunas observaciones en torno al Proyecto de ley de fundaciones”. *La Ley*. Vol.2, Madrid 1993. Págs. 849-861.

DE PRADA GONZÁLEZ, José María. “Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones” *Revista Jurídica del Notariado* núm. 11, julio-septiembre de 1994. Págs. 203-284.

DE PRADA GONZÁLEZ, José María. “Los Estatutos y su modificación” en *Derecho privado y Constitución*, núm. 8, enero-abril. Madrid, 1996. Págs. 45 a 117.

DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica. *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*. Madrid 2004. Editorial Dykinson.

DEL CAMPO ARBULO, José Antonio. “Las fundaciones a fe y a conciencia en el ordenamiento jurídico español”. *La Ley*, 1995-37. Madrid, 1995.

DEL CAMPO ARBULO, José Antonio. *Ley de Fundaciones: Comentarios a la Ley 30/1994, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada en actividades de interés general*. Madrid, 1996. Fundación MAPFRE/ Centro de Estudios de Fundaciones.

DEL CAMPO ARBULO, José Antonio. “El destino de rentas e ingresos. Los gastos de administración” en *Las fundaciones. Desarrollo reglamentario de la ley*. Fundación Alfonso Martín Escudero. Madrid 1997. Editorial Dykinson.

DEL CAMPO ARBULO, José Antonio. “El artículo 34 de la Constitución y su desarrollo”, en *Fundaciones y Mecenazgo en el Estado del Bienestar*, VV.AA, Madrid 1988. Centro de Fundaciones. Págs. 175-186.

DÍAZ AGUADO JALÓN, Carlos. “La fundación: fines y dotación inicial” en *Revista Vasca de Economía Social*, número 2, 2006. Págs. 9 a 34.

DÍAZ BRITO Francisco Javier. *Normativa y competencias de Canarias sobre fundaciones privadas*. Barcelona, 1997. Editorial José María Bosch.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*. Prólogo de Alberto Bercovitz. Madrid 1995. Editorial Montecorvo. 600 Págs.

DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio. *No Presunción de Solidaridad en las Obligaciones*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1997.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. "Potestad legislativa en materia de fundaciones en España tras la promulgación de la Constitución y los Estatutos de Autonomía: Derecho Comparado" en *Las fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, Colección Temas de Fundaciones núm. 4, Madrid 1979. Centro de Fundaciones.

DÍEZ PICAZO Luis y GULLÓN, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil* .Volumen I. Madrid 1995. Editorial Tecnos.

DORAL GARCÍA, José Antonio. *La noción del orden público en el Derecho civil español*. Pamplona 1967. Editorial Aranzadi.

DUFF, Patrick William. *The charitable Foundations of Bizantium*. Cambridge 1926. Legal Essays.

DURÁN RIBACOVA, Ramón. *El negocio jurídico fundacional*. Pamplona 1996. Editorial Aranzadi. 452 Págs.

EMBID IRUJO, José Miguel. *Derecho mercantil, mercado, seguridad jurídica*. La Notaría, enero. Madrid 2000.

EMBID IRUJO, José Miguel. "Gobierno de la fundación", en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Madrid 1995. Fundación ONCE. Pág. 271.

EMBID IRUJO, José Miguel. "Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)", RVEH, nº 7 .2003. Págs. 88 y ss.

EMBID IRUJO, José Miguel. "Fundaciones y actividades empresariales en el Derecho español", en *Derecho de los Negocios* núm. 160, 2004. Pág. 3 a 14.

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*. Marcial Pons. Madrid, 2014.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María. *La responsabilidad de las fundaciones como gestores del proceso fundacional*. Pamplona, 2005. Editorial Aranzadi.

ENNECCERUS, Ludwing. *Derecho Civil*. (Parte General), Vol. I. Traducción de Pérez González y Alguer, (edición al cuidado de Puig Brutau). Barcelona 1953. Editorial Bosch, 2ª Edición.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del Derecho español*. Madrid 1982. Editorial Civitas-Fundación Universidad Empresa.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. “Comentario a los artículos 12 a 14” en AA VV”, *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, coord. Pau Pedrón. Madrid 1992. Editorial Tecnos. Págs. 389-449.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. “Estructura organizativa de la sociedad de responsabilidad limitada” *Revista Derecho de Sociedades*, número extraordinario “La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, Madrid 1994. Págs. 385-405.

FERRANDO VILLALBA, María Lourdes. “Liquidación” en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Valencia 2008. Editorial Tirant Lo Blanc. Págs. 834-841.

FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*. Madrid 1929. Editorial Reus.

FERRANDO VILLALBA, María Lourdes. “Liquidación” en *Comentarios a la Ley de Fundaciones*. Editorial Tirant lo Blanc. Valencia 2008.

FERRER i RIBA, Josep. “Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació”, en AA.VV., *Les persones jurídiques en el Dret Civil de Catalunya, associacions i fundacions Materials De les Novenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Universitat de Girona. Valencia 1998. Editorial Tirant lo Blanc,

FERRER i RIBA, Josep. “El procés constituï d’una fundació en la Llei de 3 de març de 1982 de fundacions privades catalanes”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1. 1984. Págs. 861-889.

FERRER i RIBA, Josep. “Formes jurídiques de destinació fundacional en el Dret Civil de Catalunya” (tesis doctoral), Universidad de Barcelona 1990.

FERRER i RIBA, Josep. “Les Fundacions en el Llibre tercer”. Revista Jurídica de Catalunya. Vol. 108. Núm. 2. (2009). Págs. 317-354.

FERRER i RIBA, Josep. “La modernización del derecho alemán de fundaciones” en Indret, número 1, 2003.

GALGANO, Francesco. *Delle persone giuridiche* (Disposizioni generali delle associazione e delle fondazioni), Art. 36-42 en *Comentario del codice civile* a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, libro I, delle persone della famiglia, Bologna, Roma 1969. Editorial del Foro Italiano.

GALGANO, Francesco. “Pubblico e privato nella qualificazioni della persone giuridiche” *Ruta. Trimestral. Diritto pubblico* 1996.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. *La Fundación: un Estudio Jurídico*, Madrid 1997. Escuela Libre Editorial.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución Española”. Revista Administración Pública (2001), número 155. Págs. 107-155.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge. “Objeto y alcance de la Ley de fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y figuras especiales” en AAVV. LORENZO GARCÍA, Rafael (director) *Comentarios a las leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*. Marcial Pons, Madrid 2005.

GARCÍA CASTELLVÍ, Antonio. *La contabilidad de las Fundaciones y Asociaciones*. Madrid 2005. Editorial Gestión.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado” Revista Española de Derecho Administrativo, número 89. Pág. 72.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ramón Tomás. *Curso De Derecho Administrativo*, Tomo I, 10ª edición. Madrid 2000. Editorial Civitas.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Francisco Javier. *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación. Las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones*. Trivium. Madrid, 1989. 3ª edición, Págs. 488-527.

GARDEÑES SANTIAGO, Miguel. "El derecho internacional privado de fundaciones a la luz de la nueva ley 50/2002, de 26 de diciembre" en *Revista Española de Derecho Internacional* número1, 2004. Págs. 251 a 271.

GARRIDO FALLA, Francisco. "La acción administrativa sobre la beneficencia, y en especial sobre las fundaciones de este carácter", en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección Tercera, Vol. IV, Madrid 1963, Instituto Editorial Reus.

GARRIDO FALLA, Francisco. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. *Parte General*, Madrid 1989. Editorial Tecnos, 11ª edición.

GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo. "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas" T. I, Imprenta Aguirre, Madrid 1958, 3ª edición revisada, corregida y puesta al día por Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA.

GIL CREMADES, Rafael. "Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Asociaciones y Fundaciones. Madrid, 1992. Editorial Ministerio de Administraciones Públicas.

GIRÓN TENA, José. *Derecho de Sociedades*, tomo I, *Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias*. Madrid 1976.

GOMEZA VILLA, José Luis. Intervención en la obra *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas*, Bilbao 1994: Centro de Fundaciones; Documenta. Fundación BBV.

GONZÁLEZ CUETOS, Tomás. *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*. Pamplona 1996: Editorial Aranzadi.

HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel. "La regulación de las fundaciones en los Estatutos de Autonomía: Visión general", en *Las fundaciones y los Estatutos de Autonomía*, Colección Temas de Fundaciones núm. 4, Madrid 1979: Centro de Fundaciones.

HUERTA HUERTA, Rafael Carlos. *Inversiones extranjeras en España, estudio multidisciplinar*. Tomo II. Madrid 1992.



HUERTA HUERTA, Rafael Carlos. *Fundaciones: régimen civil, administrativo y fiscal*. Barcelona 1998. Editorial Bosch.

LA CASA GARCÍA, Rafael. "Apuntes sobre el concurso de las fundaciones". Revista de Derecho Concursal, número 5, 2006. Pág. 149 a 172.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. "Aportación para una futura Ley de Fundaciones" en *Hacia un nuevo estatuto de las fundaciones en España*, VV.AA., Centro de Fundaciones. Madrid, 1979.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. "Las fundaciones en la Constitución española de 1978" en Anuario de Derecho Civil número 4, 1983. Pág. 1459 a 1468.

LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael "Apuntes patrimoniales en materia de fundaciones" en Academia sevillana del Notariado. T.6, 1992. Págs. 217 a 286.

LINARES ANDRÉS, Lucia. *Las Fundaciones: personalidad, Personalidad, Patrimonio, Funcionamiento y Actividad*. Valencia 1998. Editorial Tirant lo Blanc.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira. "Las fundaciones, pasado y presente" en Revista Jurídica del notariado número 73. Año 2010. Págs. 385 a 408.

LOPEZ NIETO y MALLO, Francisco. *La ordenación legal de las fundaciones*. Madrid 2006. Editorial La Ley.

LOPEZ NIETO y MALLO, Francisco. *Manual de Fundaciones*. Barcelona 1996.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier. "La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones", *Revista de Derecho Privado*, tomo XLIX, julio-agosto, 1965. Págs. 567 a 609.

LLOVERAS FERRER Marc-Roger. "Notas a la nueva regulación de las fundaciones en el Código Civil de Cataluña" en InDret núm. 4, octubre 2008. Revista para el análisis del derecho.

LLOVERAS FERRER Marc-Roger. "El protectorado de fundaciones en el Código Civil de Cataluña" en InDret núm.1. Enero 2010. Revista para el análisis del Derecho.

MADRUGA MÉNDEZ, Joaquín. "Consideraciones en torno a las fundaciones de interés público" en Anuario de Derecho Civil, número 2, 1968. Pág. 413 a 448.

MALUQUER DE MOTES i BERNET, Carlos Juan. “Notas en torno a las Fundaciones y los Establecimientos en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, LXIII, mayo 1979.

MALUQUER DE MOTES i BERNET, Carlos Juan. *La fundación como persona jurídica en la codificación civil: de vinculación a persona*, Barcelona: Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1983.

MALUQUER DE MOTES i BERNET, Carlos Juan. “Capacidad procesal de las fundaciones” en *CC JC* núm. 16, 1988. Pág. 243 a 250.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa. “El patrimonio de las fundaciones: su enajenación y gravamen” en *Revista General del Derecho*, número 619, 1996. Pág. 3309 a 3328.

MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora. *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid 1993: Editorial Civitas. Prólogo de Aníbal Sánchez Andrés.

MARTÍNEZ LOPEZ MUÑIZ, José Luis. “Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad” en *Actas del XIII Congreso italo-español de profesores de derecho administrativo*. Barcelona 2000: Editorial Cedecs.

MARTÍNEZ NIETO, Antonio. “El protectorado de las fundaciones” en *La Ley* número 5, 1998. Pág. 1623 a 1631.

MARTÍNEZ NIETO, Antonio. “El nuevo derecho de fundaciones en el Estado de las Autonomías” en *La Ley* número 5, 2003. Pág. 1843 a 1851.

MAS BADÍA, María Dolores. “Reflexiones en torno a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones: el nombre de la fundación” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*. Vol 2. 1999. Pág. 611 a 620.

MASSAGUER FUENTES, José. “La estructura interna de los grupos de sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1989, núm. 192, Págs. 281-325.

MONTES PENADES, Vicente Luís. “Fragmentos de un estudio sobre las Fundaciones en el Derecho Español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre”. *Asociaciones y Fundaciones*. IX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

MORILLO GONZÁLEZ, Fernando. *El proceso de constitución de una fundación*. Pamplona, 2003. Editorial Aranzadi.

MORILLO GONZÁLEZ, Fernando. *La fundación: concepto y elementos esenciales*. Madrid 2001. Editorial Tecnos.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La fundación: Concepto y Elementos esenciales*. Madrid, 2001. Editorial Tecnos.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “El tercer sector entre el Estado y el mercado”, en *Actas del XIII Congreso italo-español de profesores de derecho administrativo*, Barcelona. Editorial Cedecs.

MUÑOZ PUIGGROS, Xavier. “Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador” en Diario La Ley nº 7003, Septiembre 2008, ref. D-249. Pág. 1846-1850.

NART, Ignacio. “La fundación” *Revista de Derecho Privado*. 1951. Págs. 488 y ss.

NIETO ALONSO, Antonia. *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*. Fundación Pedro Barrié de la Maza (Conde de FENOSA) La Coruña, 1996. Prólogo de Ángel L. Rebolledo Varela.

NIETO ALONSO, Antonia. *Estudios sobre la Constitución Española. Libro homenaje al profesor García de Enterría*. Madrid 1992. Editorial Civitas. Tomo III, pp. 2223.

OLAIZOLA GARBISU, Idoia. “Las fundaciones en Cataluña” en *Derechos Civiles de España*. Vol. 2. 2000. Págs. 705 a 716.

OLAVARRÍA IGLESIAS, Jesús (Coord.). *Comentarios en la Ley de Fundaciones (Ley 50/2002, 26 de diciembre)*, 2008.

OLMOS VICENTE, Ignacio. “Novedades en materia de protectorados, patronatos, patrimonio y registro” en AAVV, *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, coord. Ignacio OLMOS VICENTE, Fundación Futuro, Madrid 1995. Págs. 65-97.

OLMOS VICENTE, Ignacio. *Las fundaciones: su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid 1995. Editorial Dykinson.

ORTÍ VALLEJO, Antonio de Padua. "Notas sobre la capacidad de las fundaciones" en *Actualidad Civil*, número 4, 1998. Pág. 871 a 892.

ORTIZ VAAMONDE, María Luisa. *Las Fundaciones*. Madrid 2002. Editorial Dykinson.

PALMA FERNÁNDEZ, José Luís. "El Registro de Fundaciones. Inscripción y dinámica registral" *Manual de Fundaciones. Régimen jurídico, fiscal y contable*. Madrid.1997. Editorial Civitas.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. "Las fundaciones desde el Derecho Público" en *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Educación a Distancia*, 1993, número 4, verano-otoño.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Prólogo A la obra de VAQUER CABALLERÍA, M: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano públicas. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid 1999. Editorial Marcial Pons.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia y Administración*. Tres estudios. Boletín Oficial del estado BOE. Madrid 1995.

PAU PEDRÓN, Antonio. *Elementos de Derecho Hipotecario*, ICAI 1984.

PAU PEDRÓN, Antonio. "El Registro de Fundaciones" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* número 638,1997. Pág. 9 a 64.

PAU PEDRÓN, Antonio. "Las fundaciones en el tráfico jurídico" en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 33, 2003. Pág. 34 a 55.

PÉREZ ESCOLAR, Marta. *La actividad económica de las Fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*. Pamplona 2008. Editorial Civitas.

PETIT SEGURA, Miquel Angel. "Distribución de competencias en materia civil y reserva competencial del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*. Núm. 19. (1993). Págs. 105-122.)

PHILISBORN, Alexander. "Les établissements charitables et les theories de la personnalité juridique dans le droit Roman?" en *Revue internationales des droits de l'antiquité*, 4º año, tomo 6º. Bruselas 1951. Págs. 141 y ss.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. "Relaciones de las Fundaciones con los Protectorados" en *AAVV, Presente y futuro de las Fundaciones*, dirigido y coordinado por Rafael DE

LORENZO GARCÍA y Miguel Ángel CABRA DE LUNA. Madrid 1990. Editorial Civitas. Págs. 85-138.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. "Propuestas para una futura y posible Ley de Fundaciones" Revista española de Derecho Administrativo 1991, número 72. Págs. 505 y ss.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. "Las Fundaciones: jurisprudencia y pautas de futuro", en AAVV *Las fundaciones y la sociedad civil*, dirigido y coordinado por Rafael de LORENZO GARCÍA y Miguel Ángel CABRA LUNA. Madrid 1992. Editorial Civitas. 1ª edición, Págs. 193-226.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. "Comentario a los artículos 1 a 5, 32 a 39 y Disposición Final 1ª" en AAVV, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid 1995. Escuela Libre Editorial Marcial/Pons, Págs. 3-44, 286-330 y 710-721.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. "Régimen Jurídico de las fundaciones en la nueva Ley española de Fundaciones y Mecenazgo" en *Cuadernos de Derecho Judicial. Asociaciones, Fundaciones y Cooperativas*. Madrid 1995. Consejo General del Poder Judicial.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. "Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones" Revista española de Derecho Administrativo número 97, 1998. Pág. 55.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador, desde la evolución del Derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*. Madrid 2000. Editorial Marcial Pons.

PIÑAR MAÑAS, José Luís. "Tercer sector, sector público y fundaciones" en Revista Española del Tercer sector, número 1, 2005. Págs. 15 a 36.

POLO SÁNCHEZ, Eduardo. *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima (Artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, en AAVV, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio MENÉNDEZ y Manuel OLIVENCIA, Tomo VI, Madrid 1992. Editorial Civitas. 1ª edición.

POMEY, Michel. *Traité de foundations d'utilité publique*, París 1980. Presses Universitaires de France.

POUS DE LA FLOR, María Paz. Fundaciones, aspectos jurídicos y fiscales. Madrid 2010. Editorial Colex.

POVEDA BERNAL, Margarita Isabel. "Naturaleza, ámbito competencial y eficacia del registro de fundaciones" en Revista de Derecho Privado, número 83, 1999. Págs. 684 a 704.

PRADA GONZÁLEZ, José María. "Los estatutos y su modificación" en la Revista de Derecho Privado y Constitución 1996, núm. 8.

PRADA GONZÁLEZ, José María. "Las Fundaciones", Actualidad Civil 2005, número 19, mayo.

PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica. *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*. Madrid 2004. Editorial Dykinson.

PUIG FERRIOL, Lluís. *Fundamentos de Derecho Civil, Parte General: sujeto y objeto del Derecho*, Barcelona 1979. Editorial Bosch.

PUIG FERRIOL, Lluís. "El patrimonio fundacional en la Ley de Fundaciones catalanas" en Anuario de Derecho Civil, número 4, 1983. Pág. 1641 y ss.

PUIG FERRIOL, Lluís. *Les Fundacions Privades catalanes*. Valencia 1998. Editorial Tirant lo Blanc.

PUIG FERRIOL, Lluís. *Institucions del Dret Civil de Catalunya*. Vol. 2 Valencia 2002. Editorial Tirant lo Blanc.

PUIG FERRIOL, Lluís y ROCA TRÍAS, Encarna. *Fundamentos de Derecho Civil de Cataluña*, I, Barcelona. 1984.

PUIG SALELLAS, Josep Maria. "La Ley catalana de Fundaciones y la Ley estatal 30/1994" en *La Ley 30/1994, de Fundaciones*. Conferencia pronunciada el 16 de noviembre de 1995 en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, dentro del Ciclo de Conferencias sobre Fundaciones organizado por dicha Real Academia y la Fundación Ramón Areces, publicadas por esta Institución, Madrid, 1996. Págs. 359-373.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. "La protección de las personas menores de edad en la legislación civil catalana". Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, abril 2014.

REAL PÉREZ, Alicia. “Las fundaciones en proceso de formación” en *Revista de Derecho Privado y Constitución*, número 9, mayo-agosto 1996. Pág. 185-273.

REAL PÉREZ, Alicia. “Modificación, fusión y extinción de las Fundaciones” en *Las fundaciones (desarrollo reglamentario de la Ley)*. Madrid 1997. Fundación Alfonso Martín Escudero, Dykinson. Págs. 138 y ss.

REAL PÉREZ, Alicia. “La voluntad del fundador en el derecho de fundaciones” en el libro colectivo *Manual de fundaciones. Régimen jurídico fiscal, contable, con anexo de legislación estatal y autonómica*. A. RUIZ OJEDA (COORD.). Madrid 1999. Editorial Civitas. Pág. 69 y ss.

REAL PÉREZ, Alicia. *Derecho de Fundaciones y voluntad del fundador, desde la evolución del Derecho español de fundaciones, del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre* Madrid, 2000. Editorial Marcial Pons.

REAL PÉREZ, Alicia. *Constitución y extinción de fundaciones*. Valencia 1998. Editorial Tirant lo Blanc.

RESCIGNO, Pietro. “Fondazione e Impresa” en *Riv. Soc.* 1967.

RESCIGNO, Pietro. *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova 1989. CEDAM.

RICO PÉREZ, Francisco. *Las Fundaciones en la Constitución Española*. Colegio de Abogados de Toledo, 1982.

RICO PÉREZ, Francisco. “La función tutelar de las fundaciones” en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1988. Pág. 382 y ss.

RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, Alfonso. *Tratado de fundaciones*. Barcelona 2010. Editorial Bosch.

ROCA i TRÍAS, Encarna. “La Constitució de la Fundació” en *Fundacions Privades catalanes*, Generalitat de Catalunya. Escola d'Administració Pública. Direcció General d'Associacions i Fundacions. Barcelona, 1984.

RODRÍGUEZ ARTIGAS Fernando y QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. “Los órganos de la Sociedad Anónima: Junta General y Administradores” en AAVV, *El nuevo Derecho de las sociedades de capital*, dirigido por Ignacio Quintana Carlo, Zaragoza 1989. Editorial Editorial Trivium.

ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, José. Javier. *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la ley 50/2002, de Fundaciones*. Madrid, 2003. Editorial La Ley.

ROVIRA PEREA, Joaquín. "La nueva Ley de Fundaciones de 24 de noviembre de 1994" *La Notaría*, núm. 1, enero-febrero 1995. Págs. 121-169.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando y QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. "Los órganos de la sociedad anónima: Junta General y Administradores" en AAVV *El nuevo Derecho de sociedades de capital*, dirigido por Ignacio Quintana Carlo, Trivium, Zaragoza 1989., Págs. 121-169.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Ponencia en el "Panel sobre el presente y futuro de las fundaciones en España" en DE LORENZO GARCÍA, R y CABRA LUNA M.A., (Directores): *Presente y futuro de las fundaciones*. Madrid 1990. Págs. 244 y ss.

RUBIO RODRÍGUEZ, Juan José. Fuentes sobre las Fundaciones en el Derecho común europeo y en los juristas clásicos, 1999.

RUBIO TORRANO, Enrique. "Fundaciones y competencia autonómica" en Aranzadi Civil; revista doctrinal núm. 3, 2005, Pág. 2164 a 2166.

RUIZ JIMÉNEZ, Juana. "No es posible equiparar la responsabilidad de los patronos de las fundaciones con los administradores de Sociedades mercantiles" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario número 712. 2009. Págs. 932 a 958.

RUIZ OJEDA, Alberto Luís. "Las fundaciones privadas como colaboradoras de la Administración y el régimen jurídico del patrimonio fundacional" en Civitas REDA, núm. 93, 1997. Págs. 27 a 48.

RUIZ OLANBUÉNAGA, José Ignacio. *El sector no lucrativo en España*. Fundación BBVA. Madrid, 2006.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando. "Supuestos de responsabilidad de los administradores en la Sociedad Anónima" en AAVV *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio., Madrid 1991. Editorial Civitas. Págs. 903-934.

SANJURJO, Teresa. "Evolución del marco jurídico de las fundaciones" en Revista de Occidente, número 274, 2004. Págs. 66 a 78.



SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. 1ª edición. Madrid, 2004. Editorial Iustel.

SALELLES CLIMENT, José Ramón y VERDERA SERVER, Rafael. *El Patronato de la Fundación*, Colección Monografías núm.9, Pamplona 1997. Editorial Aranzadi; Revista de Derecho de Sociedades.

SALVADOR CODERCH, Pablo y SEUBA TORREBLANCA Juan Carlos. “Fundaciones, interés general y título de aportación”. La Ley núm. 4468, 29 de enero. Madrid 1998.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Sistema del Derecho Romano actual*, traducción española, Tomo II, Madrid, 1879. 2ª edición.

SEMPERE y GUARINAS, Juan. *Historia de los vínculos y mayorazgos*. 1857.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela. *Las fundaciones: elementos esenciales y constitución*. Valencia 1995. Editorial Práctica de Derecho.

SERRANO ALONSO, Eduardo. “La ley de fundaciones 50/2002, de 26 de diciembre” en Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol. Vol. 2, 2006. Pág. 2329 a 2342.

SERRANO CHAMORRO María Eugenia. *Las fundaciones. Dotación y Patrimonio*. Madrid 2010. Editorial Civitas. 3ª Edición.

SERRANO CHAMORRO María Eugenia. “Composición, administración y disposición del patrimonio de las fundaciones” en Actualidad Civil, núm. 21, 2009.

SERRANO GARCÍA, Ignacio. “La gestión de las fundaciones. Con una especial referencia a las fundaciones tutelares” en Revista Jurídica del Notariado, número 37, 2001. Pág. 181 a 214.

SERRANO GARCÍA, Ignacio. “El patronato” en *Tratado de Fundaciones*. Barcelona, 2007. Editorial Bosch.

SORIA SORJÚS, José. “La responsabilidad de los patronos de las fundaciones” en La Ley núm. 7640. 2011.

TOMÁS y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho español*. 1897. Págs. 404 y ss.

TOMÁS y VALIENTE, Francisco. “Estudio Previo” en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Colección Solidaridad, núm.7. Madrid 1995.

TORRES GARCÍA, Teodora Felipa. "Constitución testamentaria de fundaciones en la ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de CASTILLA Y León, núm. 2. 2004. Pág. 75 a 102.

TORNOS MAS, Joaquín y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María del Mar. "El régimen jurídico de las fundaciones en el Ordenamiento Jurídico catalán" en Anuario de Derecho de Fundaciones 2009. Pág. 287 a 308.

URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de Derecho Mercantil. Volumen I*. Madrid 1975. Editorial Civitas.

VALERO AGÚNDEZ, Urban. *La fundación como forma de empresa*, Valladolid 1969. Universidad, Secretariado de Publicaciones.

VATTIER FUENZALDA, Carlos. "Observaciones sobre la constitución, modificación y extinción de fundaciones". *La Ley* La Ley. Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Núm. 3. 1998.

VERDERA SERVER, Rafael. "Comentarios al artículo 2", AAVV, *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*. Madrid 1995. Fundación ONCE, Escuela Libre Editorial y Marcial Pons.

VICENT CHULIÁ, Francisco. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*. Vol. 1º. *Comerciantes. Sociedades. Derecho industrial*. Barcelona 1991. Editorial Josep María Bosch., 3ª edición.

VICENS VIVES, Jaume. *Historia social y económica de España y de América*. 5 volúmenes. Barcelona. Editorial Vicens Vives. 2ª edición.

VILASECA i MARCET, José María. "Una Ley de Fundaciones Privadas" en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3, 1977. Pág. 565 a 602.

VILASECA i MARCET, José María. "Incidencia en el Derecho vigente de la regulación de las fundaciones en los Estatutos de Autonomía: transferencia de competencias", en *Las Fundaciones y los Estatutos de Autonomía*. Colección Temas de Fundaciones núm.4, Madrid 1979. Centro de Fundaciones.

VILASECA i MARCET, José María. "*Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*". Revista Jurídica de Cataluña, 1983. Pág. 7 y ss.

VILASECA i MARCET, José María. “La fundación como persona jurídica” en *Fundacions Privades Catalanes*. Barcelona 1984. Escola d’Administració Pública. Págs. 45 y ss.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. “Los derechos de la infancia y de la adolescencia. La participación social de la infancia y de la adolescencia, por su incorporación en la ciudadanía activa”. *Enrahonar* 40/41, 2008. Págs. 141-152.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos. “El interés superior del menor” en *Derecho de la persona*. Editorial Bosch. Barcelona 2011. Págs. 25-50.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos; VALL RIUS, Ana María. “Comentaris i reflexions sobre la regulació de la mediació familiar en el Dret civil de Catalunya”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*. Núm. 2 (2003). Pág. 333-359.

YUSTE GRIJALBO, José Luis, y DEL CAMPO ARBULLO, José Antonio. “Apuntes históricos sobre fundaciones en España” en *Revista Situación*, núm.4, Bilbao: Servicio de Estudios del BBV. 1989.

YUSTE GRIJALBO, José Luis, y DEL CAMPO ARBULLO, José Antonio “Autonomía de fundaciones e intervención pública del Protectorado”. Conferencia promulgada el 25 de mayo de 1995 en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de fundaciones organizado por esta Real Academia en colaboración 25 de mayo de 1995, dentro del Ciclo de conferencias sobre con la fundación Ramón Areces, publicadas por esta institución, Madrid 1996. Págs. 201-22.

ZANGARA, Vincenzo. *La rappresentanza istituzionale*. Padova 1952. Págs. 235-281.