

La necesaria renovación del Derecho de Fundaciones, ¿reforma o derogación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre?

MARTA PÉREZ ESCOLAR
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN

El denominado Derecho de Fundaciones constituye un sector de nuestro ordenamiento jurídico cuya evolución viene determinada por la necesidad de conseguir un mejor funcionamiento de estos entes como personas jurídicas destinadas a la satisfacción de fines de interés general. En la actualidad, esta realidad se encuentra además amplificada ante la desconfianza social que ha generado su frecuente utilización para fines ajenos a los propios de la institución fundacional.

Ello obliga a un replanteamiento de muchos de los fundamentos de la normativa vigente, lo cual es abordado por este trabajo con relación al régimen jurídico contenido para las fundaciones de competencia estatal en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, cuya derogación ya fue propuesta por el Anteproyecto de Ley de Fundaciones de 29 de agosto de 2014.

Con estas premisas, se examinan las posibilidades y conveniencia de reforma de cuestiones tan relevantes como, entre otras, las que afectan a la constitución viable de la fundación; la composición de los órganos de gobierno y su responsabilidad; los actos de disposición sobre el patrimonio fundacional o la actuación económica de la fundación en función de su relación con el fin fundacional. Al tiempo, se plantean aspectos más novedosos como la introducción de códigos de buen gobierno y principios de transparencia o la atribución al Protectorado facultades de inspección y de sanción. Finalmente, se aborda el tema de la opción de política legislativa que sería más adecuada para llevar a cabo las reformas propuestas: nueva ley de fundaciones frente a modificación de la actualmente vigente.

PALABRAS CLAVE

Fundaciones; fines de interés general; constitución viable; Patronato; responsabilidad de los patronos; códigos de buen gobierno; patrimonio fundacional; actividad económica; transparencia; Protectorado; facultades de inspección y de sanción.

ABSTRACT

The so-called Foundations Law is a sector of our legal system whose evolution is determined by the need to achieve a better functioning of these entities as legal persons aimed at the satisfaction of purposes of general interest. At present, this reality is also amplified by the social mistrust that has generated its frequent use for purposes other than those of the institution.

This requires a rethinking of many of the fundamentals of current legislation, which is addressed by this work in relation to the legal regime contained for foundations of state competence in Law 50/2002, of December 26, on Foundations, whose repeal was already proposed by the Preliminary legal Project of Foundations of August 29, 2014.

With these premises, are examined the possibilities and convenience of reform of such relevant issues as, among others, those that affect the viable constitution of the foundation; the composition of the governing bodies and their responsibility; the acts of disposition on the founding patrimony or the economic action of the foundation in function of its relation with the founding purpose. At the same time, more innovative aspects such as the introduction of codes of good governance and principles of transparency or the attribution to the Protectorate of inspection and sanctioning powers are presented. Finally, the issue of the legislative policy option that would be most appropriate to carry out the proposed reforms is addressed: new foundations law versus a modification of the current one.

KEY WORDS

Foundations; general interest purposes; viable constitution; Patronage; liability; codes of good governance; founding patrimony; economic activity; transparency; Protectorate; powers of inspection and sanction.

SUMARIO: I. *Tendencias de renovación del Derecho de Fundaciones: El Anteproyecto de Ley de Fundaciones de 29 de agosto de 2014.*—II. *Principales cuestiones necesitadas de reforma.* 1. *Constitución de la fundación.* 1.1 *Voluntad del fundador y constitución de fundaciones viables.* 1.1.1 *La adecuación y suficiencia de la dotación.* 1.1.2 *Intervención del Protectorado en el procedimiento de constitución.* 1.2 *Modernización de los trámites de inscripción y seguridad jurídica durante el periodo de constitución.* 2. *El Patronato de la fundación.* 2.1 *Composición del Patronato.* 2.2 *Existencia de otros órganos de gestión.* 2.3 *La responsabilidad de los patronos.* 2.3.1 *Aplicación de códigos de buen gobierno.* 2.3.2 *Legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad.* 3. *Patrimonio.* 3.1 *Titularidad de bienes y derechos.* 3.2 *Los actos de disposición.* 3.2.1 *La flexibilización del régimen.* 3.2.2 *Publicidad*

registral. 3.3 Herencias y donaciones. 4. Funcionamiento y actividad. 4.1 Principios de actuación y transparencia. 4.2 La actividad económica: su relación con el fin fundacional. 4.3 Contabilidad, auditoría y plan de actuación. 4.4 Destino de rentas e ingresos. 4.5 Contratación con personas o entidades vinculadas a la fundación. 5. Modificación y fusión: el alcance de la intervención del Protectorado. 6. El Protectorado. 6.1 Protectorado único: el Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre. 6.2 Facultades de actuación: hacia la implantación de un régimen sancionador.—III. *Conclusión final: ¿Es necesaria una nueva ley de fundaciones?*—IV. *Abreviaturas.*—V. *Bibliografía.*

I. TENDENCIAS DE RENOVACIÓN DEL DERECHO DE FUNDACIONES: EL ANTEPROYECTO DE LEY DE FUNDACIONES DE 29 DE AGOSTO DE 2014

El denominado Derecho de Fundaciones constituye un sector de nuestro ordenamiento jurídico del que puede decirse que siempre está de actualidad. La relevancia de las fundaciones como entes de carácter no lucrativo destinados a la satisfacción de fines de interés general (art. 34.1 de la Constitución Española, en adelante, CE) y la importancia que han alcanzado en el marco del Tercer Sector de la economía las ha convertido en un fenómeno importante cuya normativa requiere de constante evolución en aras de la consecución de un mejor funcionamiento de las mismas, máxime cuando su sentido y fundamento se encuentra en su configuración constitucional como personas jurídicas destinadas a la satisfacción de fines de interés general.

En este sentido, la Comisión General de Codificación («Sección especial para la revisión del sistema de protectorado e inscripción de las Fundaciones») ha realizado trabajos en los últimos años de cara a una mejora de la normativa fundacional aplicable a las fundaciones de competencia estatal, especialmente en lo relativo al Protectorado y al Registro de Fundaciones, que se plasmaron en su Propuesta de Reforma de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante, LF), de 3 de marzo de 2013 (en adelante, PRLF), texto que puede considerarse, al menos parcialmente, antecedente del Anteproyecto de Ley de Fundaciones (en adelante, ALF) que fue informado por el Consejo de Ministros el 29 de agosto de 2014¹.

Este ALF se presentó con el propósito de introducir en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo texto legal destinado a regir las

¹ Los documentos pueden consultarse en <http://www.mjusticia.gob.es/>

fundaciones de competencia estatal, es decir, que desarrollan sus actividades en todo el territorio del Estado en el de más de una Comunidad Autónoma, y los aspectos básicos, procesales y civiles que son de aplicación a todas las fundaciones, de competencia estatal y autonómica, conforme al artículo 149.1, reglas 1.^a, 6.^a y 8.^a, respectivamente, CE². Consecuentemente, su aprobación habría derogado la vigente LF³, constituyendo así la tercera ley estatal de fundaciones del periodo constitucional.

La justificación de esta iniciativa se situó en «la necesidad de modificar algunos aspectos del régimen vigente con el objetivo de garantizar un mejor ejercicio del derecho de fundación y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo»⁴, y ello «tanto respecto de la sociedad, realizando los fines que justifican su existencia, como de las administraciones públicas, facilitando la información que permita supervisar su actuación y otorgar, en los casos que corresponda, determinados beneficios fiscales»⁵. Se trataba, en definitiva, de mejorar el funcionamiento de un sector fundacional afectado por la desconfianza de la sociedad ante su más que frecuente utilización por empresas, particulares y administraciones públicas para fines ajenos a los propios de la institución⁶.

Estas declaraciones de intenciones permitían vislumbrar una de las principales novedades previstas en el ALF para las fundaciones de competencia estatal, la articulación de un régimen sancionador dirigido a garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio del derecho de fundación, que constituyó el fundamento de la oposición del sector fundacional a la iniciativa y, con bastante probabilidad, el fundamento de su no tramitación como proyecto de ley en la Legislatura en que se presentó.

Así, el mismo 29 de agosto de 2014, la Asociación Española de Fundaciones (en adelante, AEF) emitió una nota de prensa en la que, bajo el contundente titular de «la AEF se opone a la nueva Ley de Fundaciones por dificultar la consecución de los fines de interés general», manifestó su rotunda oposición a la propuesta legislativa alegando que se trataba de una «Ley intervencionista, que lleva a un régimen concesional y sancionador que dificulta el derecho a fundar así como el desarrollo del propio sector»⁷.

² Vid. disposición final primera ALF.

³ Cfr. disposición derogatoria única ALF.

⁴ Exposición de Motivos, I, ALF, p. 2.

⁵ Exposición de Motivos, II, ALF, p. 2.

⁶ Vid. HORNERO MÉNDEZ, C., «La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa en las fundaciones (a propósito de una fundación sospechosa)», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*, pp. 279 y ss, especialmente, 282 y ss: «La sospecha sobre las fundaciones».

⁷ En su momento disponible en www.fundaciones.org

Sin embargo, pese a haber constituido un intento «fallido» de mejora de nuestro Derecho de Fundaciones, se trata de un texto interesante desde el punto de vista de las tendencias legislativas que se plasmaron en él (particularmente, su régimen sancionador) y, lo que es más importante, se trata de una propuesta muy adecuada con relación a varios aspectos clave para el mejor funcionamiento de las fundaciones cuyo análisis detenido desmiente en gran medida, como iremos viendo, el contenido de la citada nota de prensa de la AEF.

Con estas premisas, el objetivo de este trabajo se centra en examinar las principales cuestiones del vigente régimen de fundaciones contenido en la LF que, por diversos motivos, requieren la atención del legislador, lo cual deriva en la consideración de si para ello es necesaria la promulgación de una nueva ley de fundaciones o bastaría con la modificación de dicha LF⁸.

II. PRINCIPALES CUESTIONES NECESITADAS DE REFORMA

1. CONSTITUCIÓN DE LA FUNDACIÓN

1.1 Voluntad del fundador y constitución de fundaciones viables

1.1.1 LA ADECUACIÓN Y SUFICIENCIA DE LA DOTACIÓN

El desarrollo del fenómeno fundacional en nuestro país, potenciado por la normativa postconstitucional, ha dado lugar a la existencia de muchas fundaciones inactivas⁹. Se trata de una realidad suficientemente constatada que no sólo no produce ningún benefi-

⁸ En el ámbito europeo, la renovación del Derecho de Fundaciones ha venido determinada por la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea de 8 de febrero de 2012, dirigida a la aprobación de un Estatuto de la Fundación Europea (en adelante, EFE) que facilitara la actuación de las fundaciones en el ámbito intracomunitario. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, M., «El Estatuto de la Fundación Europea, Propuesta de Reglamento de la UE de 8 de febrero de 2012», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo*, VV. AA., CUADRADO IGLESIAS, M./NÚÑEZ BOLUDA, M.ª D. (directores), Tomo I, La Ley, Madrid, 2015, pp. 375 y ss.

Esta Propuesta fue abandonada por la Comisión Europea en la presentación de su plan de trabajo de 16 de diciembre de 2014 ante la dificultad de conseguir la aprobación por unanimidad de los 28 países miembros de la UE, lo cual no le resta tampoco interés como texto prelegislativo en el que se plasman muchas de las necesidades del sector fundacional a nivel europeo.

⁹ Sobre los periodos de desarrollo de la denominada Economía Social, *vid.* VALERO MATAS, J. A., *Entes no lucrativos, Fundamentos sociológicos y jurídicos*, VV. AA., PÉREZ ESCOLAR, M./VALERO MATAS, J. A., Tecnos, Madrid, 2013, pp. 28 y ss.

cio a la sociedad sino que, incluso, le causa un perjuicio evidente cuando dichas fundaciones sin actividad reciben pese a ello ayudas y subvenciones públicas¹⁰.

Ante ello, el Derecho de Fundaciones debería reformarse en varios ámbitos, particularmente el relativo a la constitución de la fundación, dado que los requisitos actualmente establecidos para llegar a ella se han revelado insuficientes de cara a evitar que se creen fundaciones no viables, carentes de suficiencia patrimonial y, consecuentemente, dependientes de la obtención de ayudas y subvenciones públicas. Estos requisitos giran en torno a la adecuación y suficiencia de la dotación (art. 12.1 párrafo primero LF¹¹), en el sentido de que los bienes y derechos aportados por tal concepto han de ser idóneos para conseguir los fines de la fundación (adecuados) y, además, alcanzar una valoración económica que permita la consecución de dichos fines (suficientes)¹².

Pues bien, la dotación se presume suficiente cuando alcance una valoración de 30.000 euros (art. 12.1 párrafo primero LF). Pero, como es sabido, se admite tanto una aportación inferior cuando se justifique «*su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales*» (art. 12.1 párrafo segundo LF), como el desembolso sucesivo de las aportaciones dinerarias (con aportación inicial mínima del 25 por 100 de las mismas, artículo 12.2 párrafo primero LF), como el compromiso de aportaciones de terceros que conste en

¹⁰ Vid. REY GARCÍA, M./ÁLVAREZ GONZÁLEZ, L. I./Instituto de Análisis Estratégico de Fundaciones (INAEF), *El sector fundacional español, Datos básicos*, estudio publicado por la AEF, 2011, en el que se pone de manifiesto que a 31 de diciembre de 2009 existían en España un 30% de fundaciones inactivas (3.871 fundaciones), http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw4e1d396869ffb/Elsectorfundacionalespaol-Datosbsicos.pdf, p. 19.

¹¹ Según la disposición final primera.2.b) LF, el art. 12 LF tiene la consideración de legislación civil, por lo que es de aplicación general conforme al art. 149.1.8.ª CE.

¹² Vid. GONZÁLEZ CUETO, T., *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 115, donde explica cómo pueden existir dotaciones adecuadas pero insuficientes («30.000 euros para acabar con el hambre en el mundo») y, a la inversa, dotaciones suficientes pero inadecuadas, como aportaciones de objetos de mucho valor con prohibiciones de enajenar y, por tanto, no realizables en dinero.

El art. 35.1.a) LF atribuye al Protectorado la función de «*informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional*», sin referirse a la adecuación de la dotación, no obstante lo cual se considera que ha de tener en cuenta ambos aspectos, pues sólo puede considerarse suficiente «lo que es bastante y adecuado». Vid. GONZÁLEZ CUETO, *op. ult. cit.*, p. 115.

Sin embargo, también se ha considerado que, realmente, el único requisito exigible es la suficiencia de la dotación, de forma que la referencia a su adecuación sería algo accesorio que sólo sirve para flexibilizar el requisito de la suficiencia. Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «La dotación (Artículo 12)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. de (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, p. 218.

títulos que llevan aparejada ejecución (art. 12.3 LF)¹³. Aun siendo cierto que la LF representó un importante paso adelante de cara a evitar la constitución de fundaciones no viables por inadecuación o insuficiencia de la dotación¹⁴, quizás nos encontremos ante demasiadas excepciones a la regla general¹⁵.

En este sentido, el artículo 12 ALF pretendió «reforzar» los requisitos relativos a la adecuación y suficiencia de la dotación «para asegurar que las fundaciones que se constituyan puedan alcanzar los fines de interés general que persigan»¹⁶, lo cual se tradujo fundamentalmente en la supresión de la posibilidad de desembolso sucesivo de las aportaciones dinerarias, que no figuraba en esta previsión normativa, dado que su incumplimiento podría dar lugar a la existencia de fundaciones no viables¹⁷.

Al respecto, el artículo 12.2 párrafo tercero LF dice que la realidad de las aportaciones, dinerarias y no dinerarias, «deberá acreditarse o garantizarse» ante el notario autorizante de la escritura de constitución «en los términos que reglamentariamente se establezcan», lo cual se reduce a la aportación de un certificado de depósito de las aportaciones dinerarias, también cuando se trate de desembolsos sucesivos, en cuyo caso «el certificado de depósito correspondiente deberá incorporarse a la escritura o escrituras públicas que documenten los citados desembolsos» (art. 5.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, en adelante, RF)¹⁸. Es decir, en principio, el derecho de crédito de la fundación contra el fundador o persona/s que se comprometan a realizar una aportación dineraria aplazada debería quedar suficientemente garantizado (art. 12.2 párrafo tercero LF), si bien la remisión a lo que reglamentaria-

¹³ Sobre todo ello, *vid.* MORILLO GONZÁLEZ, F., *El proceso de creación de una fundación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 145 y ss.

¹⁴ Sobre las diversas posiciones al respecto que se pusieron de manifiesto en su tramitación parlamentaria y el resultado transaccional a que se llegó, *vid.* GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, *op. cit.*, pp. 116 y ss.

Con relación al EFE, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, «El Estatuto de la Fundación Europea...», *op. cit.*, pp. 388 y 389, en cuya tramitación se han defendido criterios mucho más estrictos.

¹⁵ Para A. NIETO ALONSO, «tal vez hubiese sido lo más apropiado disponer que la dotación fuese adecuada y suficiente y que el Protectorado controlase ese extremo, atendiendo a los fines de cada fundación concreta». («Aspectos sustantivos relevantes y controvertidos de las fundaciones», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PINAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 168, nota 45).

¹⁶ Exposición de Motivos, II, ALF, p. 2.

¹⁷ Fue también significativo el art. 12.6 ALF: «*Los bienes y derechos que formen parte de la dotación deberán permanecer en el patrimonio de la fundación y no podrán destinarse a la financiación de gastos de la fundación*».

¹⁸ Tratándose de aportaciones no dinerarias, se requiere la descripción en la escritura de constitución de los bienes y derechos aportados, con indicación del título o concepto de aportación y, en su caso, de sus datos registrales, y la incorporación de un informe de valoración (art. 5.2 párrafo primero RF).

mente se establezca [art. 5 RF, bajo la rúbrica «acreditación (que no garantía) de las aportaciones a la dotación»] conlleva únicamente la necesidad de aportar el certificado de depósito de cada desembolso, pues no existe ninguna previsión relativa a medios concretos de garantía para el cobro del crédito en caso de incumplimiento¹⁹.

La articulación de propuestas adecuadas en relación con este tipo de posibilidades de aportación de la dotación no es fácil, pues también está en juego el respeto a la voluntad del fundador, que forma parte del contenido esencial del derecho de fundación (art. 34.1 CE)²⁰, y que, por tanto, se debe conciliar o equilibrar de la mejor manera posible con la protección de los intereses generales que subyacen en el establecimiento de este tipo de límites relacionados con la suficiencia de la dotación que pretenden evitar la existencia de fundaciones cuya falta de viabilidad desvirtúa el sentido de la propia institución fundacional²¹. Conforme a ello, podría defenderse una limitación cuantitativa de la posibilidad de desembolso sucesivo de las aportaciones dinerarias más estricta que la que existe actualmente, que sólo requiere un desembolso inicial mínimo del 25 por 100 de la aportación (art. 12.2 párrafo primero LF), lo cual quizás sería en este sentido más apropiado que la supresión directa de dicha posibilidad propuesta por el ALF²².

1.1.2 INTERVENCIÓN DEL PROTECTORADO EN EL PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN

El artículo 13 ALF previó un novedoso «*procedimiento de constitución*» basado en el asesoramiento previo del Protectorado, de forma que se configuraba como primer requisito de constitución, previo al otorgamiento de la escritura, la obtención de una resolución favorable «*relativa a la idoneidad de los fines y activi-*

¹⁹ No obstante, estamos con F. MORILLO cuando dice que, con base en el citado art. 12.2 párrafo tercero LF, si los desembolsos sucesivos previstos no se realizan en plazo, la fundación podrá realizar la garantía correspondiente y cobrar su crédito pues, efectivamente, tales desembolsos han de quedar conforme a dicha norma legal debidamente garantizados. (*El proceso de creación de una fundación, op. cit.*, p. 157).

²⁰ Vid. PIÑAR MAÑAS, J. L./REAL PÉREZ, A., *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 87 y ss, 123 y 124.

²¹ En este sentido, PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ dicen que sería contrario al contenido esencial del derecho de fundación «cualquier intento del legislador o de la Administración dirigido a restringir de tal manera la voluntad del fundador que la hiciese impracticable, la dificultase más allá de lo razonable o la despojase de la necesaria protección». (*Derecho de fundaciones y voluntad del fundador, op. cit.*, p. 91).

²² En esta línea, J. M. EMBID IRUJO dice que la idea de la dotación sucesiva es «interesante» siempre que «no se lleve al extremo». Vid. «Introducción general al curso, La fundación como modelo para la colaboración público-privada», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, VV. AA., EMBID IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 44 y 45.

dades, así como de la suficiencia y adecuación de la dotación» (art. 13.1 párrafo primero ALF), a resolver en un plazo máximo de tres meses (art. 13.2 párrafo primero ALF).

Con ello se pretendía la creación de un primer trámite de constitución basado en la supervisión del Protectorado, de forma que, sólo en caso de considerarse idónea la propuesta de constitución, podría otorgarse la escritura pública correspondiente, en un plazo también de tres meses a contar desde la notificación de la resolución de idoneidad (art. 13.2 párrafo segundo ALF), e inscribir la fundación en el Registro de Fundaciones. Actualmente, sin embargo, el Protectorado interviene tras el otorgamiento de la escritura con la emisión de un informe preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones relativo igualmente a la idoneidad de los fines y a la suficiencia de la dotación [art. 35.1.a) LF²³].

El sentido de esta supervisión de la propuesta de constitución era también evitar la creación de fundaciones no viables, con una previsible escasa o ninguna actividad por falta de recursos o por cualquier otra causa relacionada con sus fines u objetivos, de forma que, en estas circunstancias, se impidiera el propio otorgamiento de la escritura, cuya existencia entendemos que puede inclinar ya de alguna manera al Protectorado en la actualidad para emitir informe favorable de cara a la inscripción registral.

Esta intervención pública en la fase de constitución de la fundación supone de nuevo un límite a la voluntad del fundador, integradora del contenido esencial del derecho de fundación reconocido constitucionalmente (art. 34.1 CE). Sin embargo, reiteramos su justificación y, por tanto, constitucionalidad, en la medida en que su fundamento, evitar la creación de fundaciones no viables, es, no sólo razonable, sino de necesaria consideración por el legislador de cara a preservar el propio sentido de la institución fundacional, la satisfacción de intereses generales a los que desde luego no sirven fundaciones de existencia meramente formal. En este sentido, podríamos decir que la voluntad del fundador ha de ser verdaderamente una voluntad de fundar, y no lo es cuando su propuesta carece de viabilidad.

Obviamente, el legislador ha de configurar estos límites de forma reglada, evitando que la actuación del Protectorado pueda ser puramente discrecional²⁴. Al respecto, es innegable que una valoración sobre la idoneidad de los fines que se pretenden alcanzar y sobre la suficiencia y adecuación de la dotación se presta a cierta discrecionalidad, de igual manera que sucede actualmente

²³ De aplicación a las fundaciones de competencia estatal conforme a la disposición final primera.4 LF.

²⁴ Vid. PIÑAR MAÑAS/REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, *op. cit.*, p. 94.

cuando se emite el informe preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones sobre las mismas cuestiones [art. 35.1.a) LF], pero este margen de apreciación está limitado, en primer lugar, por la presunción de suficiencia de la dotación que alcance una valoración de 30.000 euros (art. 12.1 párrafo primero LF)²⁵.

En segundo término, la Administración Pública, en este caso, el Protectorado, debe actuar siempre con pleno sometimiento a la ley, lo cual implica una necesidad de actuación justificada en aras de la constitución de fundaciones eficaces cuando se aparte de la anterior presunción (*iuris tantum*) de suficiencia de la dotación porque, siendo de valoración inferior a 30.000 euros, se aporte, o no, la documentación acreditativa de la viabilidad de la fundación que corresponda conforme a la ley (art. 12.1 párrafo segundo LF)²⁶.

El sentido de esta norma está avalado por la realidad de fundaciones con pocos recursos pero activas y, por tanto, con impacto social, por lo que debe mantenerse la posibilidad de fundar con dotaciones de valoración inferior a 30.000 euros pero con un control previo de viabilidad de carácter global, que tenga en cuenta no sólo los recursos materiales y humanos con los que se proponga iniciar su funcionamiento sino también el conjunto de previsiones relativas a dicho funcionamiento. En definitiva, en estos casos adquiere pleno sentido la moderna idea de la fundación como organización (art. 2.1 LF), superadora de la concepción tradicional únicamente patrimonialista²⁷, capaz de cumplir con los fines encomendados con un patrimonio poco elevado pero con una estructura organizativa eficiente²⁸.

1.2 Modernización de los trámites de inscripción y seguridad jurídica durante el periodo de constitución

Los trámites de inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones merecen también una consideración por parte del legislador, y ello desde dos puntos de vista: modernización de

²⁵ Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «La constitución de las fundaciones (Artículos 4, 8, 9, 10, 11 y 13)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 76 y 77, «La dotación...», *op. cit.*, pp. 216 y ss; MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, p. 146.

²⁶ Vid. CAFFARENA LAPORTA, «La dotación...», *op. cit.*, pp. 219 y ss; MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, pp. 149 y ss.

²⁷ Vid. MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, pp. 24 y ss; PÉREZ ESCOLAR, M., *La actividad económica de las fundaciones, Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 29 y ss; DURÁN RIVACOBRA, R., «La voluntad del fundador», *Fundaciones, Problemas actuales y reforma legal*, VV. AA., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 264 y ss.

²⁸ En este sentido, EMBID IRUJO, «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, p. 45.

dichos trámites y seguridad jurídica durante el proceso. En este sentido, el ALF preveía la obligación del Notario autorizante de la escritura fundacional de instar dicha inscripción «por medios electrónicos», «en el mes siguiente al otorgamiento», acompañando «copia electrónica autorizada de la escritura de constitución y en su caso del testamento donde conste la voluntad fundacional», «en la forma que reglamentariamente se determine» (art. 13.3 ALF), otorgándose al Registrador un plazo de quince días desde su recepción para calificar esta documentación y, en su caso, realizar la inscripción (art. 13.4 párrafo primero ALF).

De esta forma, no solo se habrían modernizado los trámites de inscripción, a realizar por medios electrónicos, sino que también se habría conseguido un importante avance desde el punto de vista de la seguridad jurídica que es necesaria durante el periodo que transcurre desde el otorgamiento de la escritura de constitución o, en su caso, apertura del testamento que contiene la fundación testamentaria²⁹, hasta que se produce la inscripción de la fundación en el Registro de Fundaciones. Y ello porque se trasladaba la obligación de instar dicha inscripción, que actualmente recae sobre los patronos (art. 13.1 LF), al mismo Notario autorizante de la escritura o concededor del testamento³⁰, de forma que con ello también desaparecía la norma por la que el Protectorado puede, y debe, cesar a los patronos incumplidores de la obligación de solicitar la inscripción pasados ni más ni menos que seis meses desde el otorgamiento de la escritura³¹, y, además, solicitar su correspondiente responsabilidad (solidaria) por los perjuicios derivados de la falta de inscripción (art. 13.2 LF)³².

Se trata de una cuestión especialmente relevante, pues la denominada «fundación en proceso de formación» representa una situación interina en la que, pese a existir una organización fundacional con capacidad para actuar hasta cierto punto en el tráfico jurídico, para los actos a que se refiere el artículo 13.1 LF, no existe sin embargo personalidad jurídica, que sólo se adquiere de forma plena con la inscripción en el Registro de Fundaciones (art. 4.1 párrafo

²⁹ Sobre la constitución testamentaria de la fundación, *vid.* TORRES GARCÍA, T. F., «Constitución testamentaria de fundaciones en la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, febrero 2004, pp. 81 y ss; CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 95 y ss, especialmente, 104 y ss; DURÁN RIVACOBIA, «La voluntad del fundador», *op. cit.*, pp. 274 y ss.

³⁰ Según la disposición adicional quinta ALF, los Notarios también deberían asumir la obligación de poner en conocimiento del Protectorado las escrituras de constitución que otorguen y sus modificaciones así como el testamento en el que conste la voluntad fundacional, en este caso a partir de su conocimiento del fallecimiento del testador.

³¹ El art. 26.1 del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal (en adelante, RRF), establece como plazo para instar la inscripción de la fundación también el de un mes.

³² Según la disposición final primera.2.b) LF, el art. 13 LF tiene la consideración de legislación civil, por lo que es de aplicación general conforme al art. 149.1.8.ª CE.

primero LF), lo cual, como cualquier situación de carácter provisional, es generador de inseguridad jurídica³³.

Atribuir al Notario autorizante de la escritura de constitución o, en su caso, concededor del testamento que contiene la voluntad de fundar, la obligación de instar la inscripción de la fundación, contribuiría a reforzar la seguridad jurídica durante el periodo de constitución y, al tiempo, se liberaría a los patronos de un gravoso régimen de responsabilidad, directa (no subsidiaria con relación al patrimonio fundacional), objetiva y solidaria, derivada del incumplimiento de esta obligación (art. 13.2 LF), que puede actuar de modo disuasorio a la hora de asumir un cargo de naturaleza gratuita³⁴.

2. EL PATRONATO DE LA FUNDACIÓN

La evolución y desarrollo del Derecho de Fundaciones viene marcada por la necesidad de mejorar el funcionamiento de estos entes de carácter no lucrativo de cara a una consecución efectiva y en todo caso de los fines de interés general que tienen encomendados, lo cual se traduce en este ámbito del gobierno de la fundación en las siguientes cuestiones fundamentales: la consideración de cautelas que garanticen que la composición del Patronato sea lo más adecuada posible con este objetivo, la concreción legislativa de los aspectos más relevantes que afectan a la existencia de otros órganos de gestión, la aplicación al Patronato de principios de buen gobierno que deriven en la transparencia de su actuación, y la ampliación de la legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los patronos que causen daños a la fundación.

2.1 Composición del patronato

En este punto, el ALF contenía algunas disposiciones novedosas que merece la pena destacar, concretamente, la previsión de

³³ En este sentido, a favor de reducir el periodo temporal en que puede existir la «fundación en proceso de formación», *vid.* LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, p. 64.

Sobre su caracterización, con el análisis de las diversas posiciones doctrinales existentes al respecto, *vid.* MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, pp. 183 y ss, especialmente, 195 y ss, donde llega a la conclusión de que la fundación en formación tiene «un cierto grado de personalidad jurídica o, si se prefiere, una personalidad jurídica limitada, adecuada a la actividad que durante esta fase puede desempeñar...» (*op. ult. cit.*, p. 197).

³⁴ En este sentido, la crítica al régimen de responsabilidad de los patronos del art. 13.2 LF de CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 145 y 146, y MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

que los cargos de Presidente y Secretario del Patronato no puedan ejercerse por una misma persona (art. 14.3 párrafo tercero ALF); la prohibición de ser patrono como persona física y, al tiempo, representante de persona jurídica designada como patrono en la misma fundación (art. 14.4 párrafo tercero ALF), y la prohibición de que una persona física ejerza la representación de más de una persona jurídica en el Patronato de una misma fundación (art. 14.4 párrafo cuarto ALF).

El fundamento de este tipo de previsiones es bastante evidente, evitar concentraciones de poder en el seno del Patronato, al igual que su necesidad de cara a conseguir un mejor funcionamiento del mismo, máxime si se tiene en cuenta que la acción de responsabilidad frente a los patronos que causen daños a la fundación en el ejercicio de su cargo puede ser ejercitada por el resto de patronos, disidentes o ausentes con relación a la adopción del acuerdo dañoso [art. 17.3.c) LF³⁵].

Llama por ello la atención que el mismo ALF pretendiera «relajar» los requisitos necesarios para establecer una retribución a los patronos por la prestación de «servicios distintos» a los que conlleva propiamente el ejercicio del cargo, pues, mientras el artículo 15.4 párrafo segundo LF requiere para ello autorización previa del Protectorado³⁶, el artículo 14.6 párrafo tercero ALF preveía «previa autorización o (también) comunicación» a dicho Protectorado «en los supuestos y en la forma que legal y reglamentariamente se determinen»³⁷. En un desarrollo legislativo en el que la tendencia debe ser la búsqueda de transparencia en el ejercicio del cargo de patrono, el requisito de autorización previa del Protectorado para la

³⁵ Según la disposición final primera.3 LF, el art. 17.3 LF tiene la consideración de legislación procesal, por lo que es de aplicación general conforme al art. 149.1.6.ª CE.

³⁶ Conforme a la disposición final primera.4 LF, el art. 15 LF es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

³⁷ Como dice GONZÁLEZ CUETO, los requisitos que han de concurrir para poder fijar retribución a los patronos, novedad introducida por la LF, «tienen por objeto evitar que existan abusos y se convierta ésta en una forma de trasladar los recursos de la fundación al bolsillo de los patronos o, en su caso, de retribuir indirectamente el cargo mismo de patrono». *Vid. Comentarios a la Ley de Fundaciones, op. cit.*, pp. 140 y ss. En el mismo sentido, *vid.* PEÑALOSA ESTEBAN, I./SANJURJO GONZÁLEZ, T., «Órgano de gobierno y relación con los poderes públicos», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 225 y 226.

Sobre la documentación que ha de acompañar a la solicitud de autorización y los supuestos en que el Protectorado debe denegarla (remuneración encubierta y desequilibrio con la prestación de servicios a la fundación), *vid.* art. 34 RF. Además, conforme al art. 3.5.º párrafo segundo de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (en adelante, LRF), los patronos que perciban retribución «no podrán participar en los resultados económicos de la entidad, ni por sí mismas, ni a través de persona o entidad interpuesta».

fijación de una remuneración debería mantenerse en todo caso³⁸. Más adelante nos referiremos además a la conveniencia de que la aplicación de códigos de buen gobierno al Patronato de la fundación afecte precisamente a esta cuestión.

Pese a todo, la Exposición de Motivos del ALF destacó como «*novedad más destacable*» con relación a la composición del Patronato la atribución de competencia al Protectorado para designar, en caso de que el número de patronos inscritos sea inferior a tres, a los que sea necesario para alcanzar este número, en principio con carácter provisional, mientras no se realice la modificación estatutaria que permita la sustitución, previa propuesta del fundador o de los miembros del Patronato; ahora bien, en caso de no realizarse esta propuesta en un plazo de tres meses, se facultaba al Protectorado para designarles directamente (art. 15.2 ALF)³⁹.

2.2 Existencia de otros órganos de gestión

Como es sabido, la configuración del Patronato como máximo órgano de gobierno y representación de la fundación (art. 14.1 LF) no es obstáculo para que los estatutos prevean la existencia de otros órganos «para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden», con la única excepción de las funciones que tampoco son delegables por el Patronato en uno o varios de sus miembros, a saber, aprobación de las cuentas anuales y del plan de actuación, modificación de estatutos, fusión y liquidación de la fundación, y actos que requieran la autorización del Protectorado (arts. 16.1 y 2 LF)⁴⁰.

Esta pluralidad orgánica puede proceder, por tanto, de la propia voluntad del fundador o de una modificación estatutaria posterior que se realice conforme a los requisitos del artículo 29 LF, y responde a la necesidad del sector fundacional, reconocida por la LF, de disponer de órganos ejecutivos que se encarguen de las tareas de gestión directa y ordinaria de la fundación, sobre todo cuando se asume cierto volumen de actividad, que en muchos casos es de naturaleza empresarial⁴¹. El desenvolvimiento de estas funciones

³⁸ En esta línea, las consideraciones puestas de manifiesto en la tramitación del EFE a favor de la gratuidad de los cargos integrantes de sus órganos de dirección. Vid. PÉREZ ESCOLAR, «El Estatuto de la Fundación Europea...», *op. cit.*, pp. 396 y 397.

³⁹ Cfr. Exposición de Motivos, III, ALF, p. 4, y art. 18.1 LF.

⁴⁰ Según la disposición final primera.1 LF, el art. 14 LF tiene la consideración de legislación básica para el ejercicio del derecho de fundación del art. 34 CE, por lo que es de aplicación general conforme al art. 149.1.1.ª CE. No obstante, el art. 16 LF solo es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

⁴¹ Vid. EMBID IRUJO, «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, pp. 51 y ss. También, del mismo autor, sobre el denominado modelo dualista (Patronato y órgano

se ha de realizar siempre lógicamente bajo supervisión del Patronato, de igual manera, se ha dicho, que el Consejo de administración de una sociedad de capital supervisa la actuación de la comisión ejecutiva o del consejero delegado⁴².

La importancia de esta posibilidad de pluralidad orgánica, sobre todo para determinada tipología fundacional, ha dado lugar a que se plantee la necesidad de una mayor concreción legislativa relativa al funcionamiento del órgano u órganos a los que se encargue la gestión directa de la fundación, pues, como hemos puesto de manifiesto, el legislador solo tiene establecida la prohibición de que sus funciones recaigan sobre las cuestiones de más trascendencia para el ente, las mismas que no son delegables en uno o varios de los patronos conforme al artículo 16.1 LF. Así, se ha planteado la conveniencia de previsiones normativas relacionadas con el número de esos otros posibles órganos distintos al Patronato, sus competencias y el estatuto jurídico de sus miembros, dado que, efectivamente, a día de hoy ello supone estar siempre a lo que dispongan al respecto, en su caso y de forma más o menos adecuada, los estatutos de la fundación⁴³.

2.3 La responsabilidad de los patronos

2.3.1 APLICACIÓN DE CÓDIGOS DE BUEN GOBIERNO

Una de las notas que está caracterizando la evolución del Derecho de Fundaciones es la influencia del Derecho de sociedades en algunos de sus ámbitos, que podrían sintetizarse en tres fundamentales: las cautelas establecidas con relación a las aportaciones que se realicen a la dotación (art. 12.2 párrafos segundo y tercero LF), el régimen de responsabilidad de los patronos por los daños y perjuicios que su actuación cause a la fundación (art. 17 LF) y la orde-

de dirección de la empresa) como estructura organizativa básica de la fundación-empresa, *vid.* «Gobierno de la fundación (Artículos 14 a 18)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 233 y ss, 238 y ss; «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros en España», *Perspectivas del Sistema Financiero*, 2007, n.º 91, Fundaciones, pp. 47 y 48.

⁴² *Vid.* EMBID IRUJO, «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, p. 55.

⁴³ *Vid.* EMBID IRUJO, «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, pp. 50 y 51, 60 y 61, donde dice que, por ejemplo, si bien la tendencia, a falta de previsiones estatutarias, es a aplicar analógicamente el régimen de los patronos a los miembros del resto de órganos de gestión, ello no parece equitativo cuando tengan atribuidas unas competencias menores. Piénsese particularmente en el régimen de responsabilidad. Con relación al número de órganos posibles, se señala también con acierto que no conviene que la fundación se convierta en un «conglomerado de órganos» (*op. ult. cit.*, p. 56).

nación contable de la actividad del ente (art. 25 LF). Pero, de ellos, es particularmente destacable la influencia de los aspectos esenciales del régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en el régimen de responsabilidad de los patronos, donde se encuentran normas que coinciden casi literalmente con las pertenecientes a la disciplina societaria [*cf.* arts. 225.1, 227.1, 236.1 y 237 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, TRLSC)]⁴⁴.

Se trata de una tendencia llamada a continuar, pues en los últimos años se ha puesto de manifiesto a través de diversos ámbitos la necesidad de aplicar a los patronos de la fundación normas, principios o códigos de buen gobierno similares a los que se aplican a los administradores mercantiles, y ello como medida que contribuya a mejorar la transparencia de su gestión y, por tanto, el propio funcionamiento de las fundaciones.

A nivel doctrinal, se ha señalado incluso la conveniencia de extrapolar, con carácter general, los criterios de gestión de la sociedad mercantil al Derecho de Fundaciones, alegándose que se trata de una normativa que sirve para tutelar tanto el interés propio de la fundación como el interés de la actividad empresarial que desarrolle⁴⁵. Pero, de forma más concreta, se viene reclamando desde hace tiempo la creación de códigos de buen gobierno aplicables a los patronos de la fundación equivalentes a los desarrollados en el ámbito de las sociedades mercantiles.

La aplicación de tales códigos o reglas de buenas prácticas a los entes no lucrativos se valora como una necesidad ante los frecuentes casos de mala gestión, que además se considera que puede hacerse realidad ante su capacidad de adaptación y eficacia práctica⁴⁶. Esta posibilidad de importación se justifica precisamente en

⁴⁴ Vid. EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación...», *op. cit.*, pp. 259 y ss; «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, pp. 136 y ss, 142 y ss; «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, pp. 57 y ss. Se ha puesto además de relieve cómo el minucioso desarrollo reglamentario de estas normas pertenecientes al Derecho de Fundaciones permite incluso pensar en una futura influencia inversa, la de dicho Derecho de Fundaciones sobre la legislación societaria, de cara a la resolución de problemas interpretativos. Vid., del mismo autor, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 31 y 32, pp. 61 y 62.

⁴⁵ Así, LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., «Financiación y gestión de la actividad económica y empresarial de las fundaciones: afinidades y singularidades respecto a las sociedades de capital», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2014, n.º 35, p. 102.

⁴⁶ Vid. PERDICES HUETOS, A. B., «Hacia unas reglas de gobierno corporativo del sector no lucrativo», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2008-I, n.º 17, pp. 142 y ss. En el mismo sentido, SALELLES CLIMENT, J. R./VERDERA SERVER, R., *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 183 y 184; EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación...», *op. cit.*, pp. 255 y 256; EMPARANZA SOBEJANO, A., «El gobierno de las entidades público-privadas: las reglas de buen gobierno como mecanismo de transparencia y control», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas*

torno a la ausencia de ánimo de lucro de este tipo de personas jurídicas, que no conlleva necesariamente la honestidad de su gestión (deber de lealtad, reglas de transparencia) ni la existencia de una rendición de cuentas adecuada; ello las convertiría en reglas generales del Derecho privado de las organizaciones, comunes a todas con independencia de sus fines, lucrativos o no⁴⁷. En el caso de las fundaciones, se piensa particularmente en el reembolso de gastos justificados a los patronos (art. 15.4 párrafo primero LF) y en el caso en que estén retribuidos por la prestación de servicios distintos a los que les corresponden como miembros del Patronato (art. 15.4 párrafo segundo LF), que pueden ser generadores de conflictos de intereses⁴⁸.

A nivel «prelegislativo», hay que recurrir de nuevo al ALF, pues una de sus novedades más destacables fue la previsión de incorporar este tipo de reglas de buen gobierno en la norma destinada a recoger el régimen de responsabilidad de los patronos por los daños que causen a la fundación en el ejercicio del cargo, artículo 17 ALF, significativamente bajo la rúbrica «*buen gobierno y responsabilidad*», de forma que sirvieran para concretar el concepto jurídico indeterminado que supone «*la diligencia de un representante leal*» con la que deben actuar (art. 17.1 LF).

Así, dicho artículo 17 ALF establecía en su número 1 que los patronos deberían desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, adecuando su actividad, «al menos», a los siguientes principios: «transparencia en la gestión» [a)], ejercicio de sus funciones «de buena fe y con la debida dedicación» [b)], actuación «con criterios de imparcialidad y no discriminación en

público-privadas, VV. AA., EMBID IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 163 y ss, especialmente, pp. 173 y ss; GARCÍA ÁLVAREZ, B., «Los Códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, VV. AA., EMBID IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 185 y ss.

⁴⁷ Vid. PERDICES HUETOS, «Hacia unas reglas de gobierno corporativo...», *op. cit.*, pp. 147 y ss.

⁴⁸ Así, con relación a los gastos reembolsables, se propone como contenido de los códigos de buen gobierno el establecimiento de límites cuantitativos, la determinación de gastos excluidos de reembolso, la concreción de la forma de justificación documental y la fijación de criterios de austeridad. Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, «Los Códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», *op. cit.*, pp. 207 y 208; MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Transparencia en la gestión de las fundaciones; propuestas en torno a los códigos de buen gobierno corporativo en materia de retribución y compensación de gastos», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015, n.º 38, pp. 229 y ss, especialmente, pp. 232 y 233.

Con relación a la prestación de servicios distintos a los que implica el ejercicio del cargo de patrono, se propone dar publicidad a las retribuciones establecidas (principio de transparencia), que además deberán ser en todo caso proporcionales y razonables con relación a la importancia de la fundación y su situación económica, en el marco de la política retributiva que, bajo estos criterios, fije el Patronato. Vid. MARTÍNEZ BALMASEDA, *op. ult. cit.*, pp. 233 y ss. También, LEIÑENA MENDIZÁBAL, «Financiación y gestión...», *op. cit.*, pp. 106 y ss.

la determinación de los beneficiarios de las actividades de la fundación» [c]), ejercicio de sus facultades «con la finalidad exclusiva para la que les fueron otorgadas» y evitando «toda acción que pueda poner en riesgo el interés, el patrimonio o la imagen que debe tener la sociedad respecto a la fundación» [d]), no implicación «en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones» y abstención de intervención en «asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad» [e]), no utilización del cargo «para obtener ventajas personales o materiales» [f]) y puesta en conocimiento de los órganos competentes de «cualquier actuación irregular» que conozcan [g)]⁴⁹.

Estos principios de buen gobierno pueden considerarse deducibles o derivables actualmente de la diligencia del representante leal con la que los patronos deben ejercer el cargo (art. 17.1 LF⁵⁰). Pero su concreción y plasmación legislativa habría dado visibilidad a estas denominadas prácticas de buen gobierno como fundamento de un mejor funcionamiento de las fundaciones y, por tanto, en este sentido las habría fomentado⁵¹. No se olvide que estos entes presentan hoy día un escollo importante a nivel sociológico: la desconfianza que generan en muchos sectores como consecuencia de los casos de corrupción conocidos a través de los medios de comunicación, entre los cuales es imposible no citar el escándalo de la Fundación Orfeo Català-Palau de la Música, tan representativa para Cataluña.

De hecho, la voluntad del prelegislador de que estos principios de buen gobierno tuvieran eficacia quedó reflejada en la remisión a un futuro régimen sancionador ante el incumplimiento de los mismos (art. 17.5 ALF), pues se decía que «informarán la interpretación y aplicación» de tal régimen sancionador, al que nos referiremos más adelante. Sin perjuicio de ello, podemos adelantar nuestra postura a favor de su establecimiento, pues la efectividad, en este caso, de las normas sobre buen gobierno, requiere la articulación de un régimen de sanciones administrativas que disuada de la comisión de irregularidades y fomente la asunción del cargo de patrono con verdadera implicación y responsabilidad;

⁴⁹ Cfr. art. 28.1.c) de la Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco (en adelante, LFPV): «Las fundaciones se guiarán en su actuación por los principios siguientes: c). Promoción de directrices de actuación, mediante la creación de códigos de conducta y buenas prácticas de funcionamiento».

Sobre la traslación del deber de diligencia y del deber de fidelidad al ámbito de los entes no lucrativos, vid. PERDICES HUETOS, «Hacia unas reglas de gobierno corporativo...», *op. cit.*, pp. 168 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, «Los Códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», *op. cit.*, pp. 200 y ss.

⁵⁰ Según la disposición final primera.2.b) LF, el art. 17.1 y 2 LF tiene la consideración de legislación civil, por lo que es de aplicación general conforme al art. 149.1.8.ª CE.

⁵¹ Vid. Exposición de Motivos, II, ALF, p. 2.

la plasmación legislativa de unos principios de buen gobierno para las fundaciones no tiene sentido que quede a nivel de mera recomendación, cumplimiento voluntario o *soft law*. En este sentido hay que decir también que la posibilidad de entablar la acción de responsabilidad frente a los patronos (art. 17.3 LF) es importante pero, como ha revelado la práctica, claramente insuficiente ante la comisión de pequeñas infracciones y los costes que conlleva un proceso judicial.

Cabría señalar no obstante la conveniencia de redactar estas reglas de buen gobierno de forma más breve y sencilla a cómo se hizo en el ALF, lo cual, a modo de sugerencia, podría ser como sigue: «los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, debiendo adecuar su actividad a los principios de buena fe, transparencia en la gestión, imparcialidad y no discriminación de los beneficiarios de la actividad de la fundación, fidelidad al objetivo de las facultades atribuidas y al fin de la fundación. Asimismo, los patronos están obligados a poner en conocimiento de los órganos competentes cualquier irregularidad de la que tengan conocimiento».

Por otro lado, la aplicación de estas reglas de buen gobierno a los patronos de la fundación se enmarcaría en la tendencia legislativa consagrada por la LF hacia la agravación de su responsabilidad por los daños y perjuicios que su actuación (contraria a la ley, a los estatutos o realizada sin la diligencia debida) cause a la fundación (art. 17.2 LF), endurecimiento de responsabilidad que es paralelo a la concesión progresiva de una mayor autonomía para la gestión del patrimonio fundacional (art. 21 LF), a la que también nos referiremos más adelante⁵².

En último término, ello responde a la necesidad de que la aceptación del cargo de patrono se produzca, pese a su gratuidad, con la intención de asumir una implicación efectiva en el buen desarrollo de los fines de la fundación: el carácter gratuito del cargo no justifica que los patronos puedan asumir las funciones que se les encomiendan de forma superficial, pues su aceptación ha de entenderse como una contribución personal al desarrollo de fines de interés

⁵² La agravación por la LF del régimen de responsabilidad de los patronos frente a la fundación se produjo por dos vías: el endurecimiento de las causas de exoneración de responsabilidad y la introducción de su carácter solidario (art. 17.2 LF). La explicación de todo ello puede verse en PÉREZ ESCOLAR, M., «La responsabilidad de los patronos frente a la fundación», *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, VV. AA., GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coordinador), Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1784 y ss, 1794 y ss.

social a través de la gestión de una persona jurídica en cuya esencia está su carácter no lucrativo⁵³.

2.3.2 LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El ALF pretendió también mejorar el régimen de responsabilidad de los patronos ampliando, con acierto, la legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad a los acreedores de la fundación «*siempre que el patrimonio fundacional resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos*» (art. 17.4 ALF, a semejanza del art. 240 TRLSC⁵⁴), de la que actualmente carecen (art. 17.3 LF). Y ello pese a que la LF ya amplió dicha legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad, que con anterioridad sólo correspondía a Patronato y Protectorado, a los patronos disidentes o ausentes con relación a la adopción del acuerdo dañoso para la fundación y al fundador que no sea patrono⁵⁵.

Se trata de una cuestión plenamente justificada dado que la insuficiencia del patrimonio de la fundación para satisfacer las obligaciones contraídas presupone una gestión negligente de dicho patrimonio, de forma los acreedores de la fundación, perjudicados por la misma, deben poder ejercitar la acción de responsabilidad frente a los patronos causantes de tal insuficiencia patrimonial conforme al artículo 17.2 LF⁵⁶.

En este sentido, se viene criticando desde hace años la restrictiva legitimación activa reconocida por el Derecho de Fundaciones para el ejercicio de esta acción de responsabilidad frente a los patronos⁵⁷, que, como se ha dicho, confía excesivamente en la intervención de los propios órganos rectores de la fundación y de

⁵³ En este sentido, EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación...», *op. cit.*, p. 266; «Obligaciones y responsabilidad...», *op. cit.*, p. 151.

En contra, considera que exigir responsabilidad ante el ejercicio de un cargo gratuito «podría resultar injusto», RUIZ JIMÉNEZ, J., «No es posible equiparar la responsabilidad de los patronos de las fundaciones con los administradores de sociedades mercantiles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 2009, n.º 712, p. 957.

⁵⁴ Conforme a este último, «los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos».

⁵⁵ Vid. PÉREZ ESCOLAR, «La responsabilidad de los patronos...», *op. cit.*, pp. 1791 y ss.

Sobre falta de legitimación activa de un patrono por no acreditar su disidencia o ausencia con relación al acuerdo dañoso, *vid.* STS de 18 de junio de 2012, Sala de lo Civil (RJ 2012/6851).

⁵⁶ La legitimación de los acreedores de la fundación para el ejercicio de la acción de responsabilidad se ha sostenido incluso ante el silencio del art. 17.3 LF. *Vid.* EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación...», *op. cit.*, p. 264; «Obligaciones y responsabilidad...», *op. cit.*, pp. 148 y 149; «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, p. 60, nota 50.

⁵⁷ *Vid.* SALELLES CLIMENT / VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, *op. cit.*, p. 191.

los poderes públicos, Patronato y Protectorado⁵⁸. La mejor prueba de lo acertado de estas consideraciones está en la reticencia que se observa en la práctica con relación a su ejercicio.

Por estos motivos, hemos defendido también una ampliación de dicha legitimación, no sólo a los acreedores de la fundación, sino a todos los terceros que tengan un interés legítimo por razón de su vinculación con la misma, en la línea del art. 40.2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (en adelante, LA) («los acuerdos y actuaciones de las asociaciones podrán ser impugnados por cualquier asociado o persona que acredite un interés legítimo, si los estimase contrarios al ordenamiento jurídico, ...») y del citado art. 240 TRLSC, este último con relación a los acreedores de la sociedad. Es más, se podría pensar en la posibilidad de extender esta legitimación activa a cualquier persona con conocimiento fundado de las irregularidades cometidas por el Patronato de una fundación, cuyo interés (legítimo) se justifica teniendo en cuenta el destino de la fundación a la satisfacción de fines de fines general (art. 34.1 CE), que determina que se inserte en el Estado social de Derecho como coadyuvante de los poderes públicos para la consecución de este tipo de objetivos y que por esta razón recibe ayudas / subvenciones públicas y goza de un régimen fiscal privilegiado⁵⁹.

3. PATRIMONIO

3.1 Titularidad de bienes y derechos

Conforme al artículo 20 LF⁶⁰, la fundación debe figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, sin perjuicio de que también consten en su inventario anual (número 1), correspondiendo al Patronato promover las inscripciones de los mismos en los Registros públicos que corresponda (número 2)⁶¹. Se trata de evitar la titularidad dudosa de sus elementos patrimoniales y de facilitar así la labor del Protectorado en orden a supervisar la

⁵⁸ Vid. PERDICES HUETOS, «Hacia unas reglas de gobierno corporativo...», *op. cit.*, pp. 152, 171 y ss.

⁵⁹ Vid. PÉREZ ESCOLAR, M., «La responsabilidad de los patronos...», *op. cit.*, pp. 1793 y 1794.

⁶⁰ De aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

⁶¹ Sobre la innecesariedad de que además se inscriban en el Registro de Fundaciones, como preveía el art. 18 de la Ley 30/1994, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, M./CABRA DE LUNA, M. A./LORENZO GARCÍA, R. DE, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 258 y 259.

actividad de las fundaciones [art. 35.1.e) y f) LF], particularmente, los actos de disposición que se realicen sobre su patrimonio⁶².

El artículo 19.2 párrafo segundo ALF previó, a mayores, la necesidad de realizar anotación preventiva en tales Registros públicos relativa a la prohibición de disponer sin autorización del Protectorado que pesa sobre los bienes y derechos que formen parte de la dotación. La consideración de este requisito por parte del legislador ahondaría en el fundamento del artículo 20 LF, que en definitiva es promover el funcionamiento transparente de las fundaciones, incidiendo en la necesidad de proteger la dotación de actuaciones irregulares, por lo que en este sentido hay que valorarlo como una medida positiva que merece ser tenida en cuenta.

3.2 Los actos de disposición

3.2.1 LA FLEXIBILIZACIÓN DEL RÉGIMEN

La posibilidad del Patronato de realizar actos de disposición sobre el patrimonio de la fundación viene determinada por la naturaleza de los requisitos que se establezcan para ello en función del tipo de elemento patrimonial que constituya su objeto. Como es sabido, la tendencia marcada por la LF fue favorable a la flexibilización de tales requisitos, en el sentido de sustituir supuestos en los que se exigía la obtención de autorización administrativa previa del Protectorado por una simple comunicación posterior en plazo al mismo Protectorado (art. 21 LF), si bien esta tendencia se manifestó de forma bastante moderada o limitada⁶³.

Concretamente, el artículo 21.1, 2 y 3 párrafo primero LF⁶⁴ establece como requisito la obtención de autorización previa del Protectorado para la realización de actos de disposición sobre «bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales» (art. 21.1 LF). Ello requiere explicación complementaria del propio legislador para determinar qué se entiende por bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de fines fundacionales: aquéllos en los que

⁶² Como dice GONZÁLEZ CUETO, «así se evitan las tentaciones que lamentablemente siempre pueden existir de disminuir ilegalmente el patrimonio de la fundación a favor o en beneficio de los propios patronos o de terceros». *Vid. Comentarios a la Ley de Fundaciones, op. cit.*, pp. 169 y 170.

⁶³ *Vid.* SANTOS MORÓN, M.^a J., «El patrimonio de la fundación, Régimen de gestión patrimonial, (artículos 19 a 22, y 28)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. de (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 302 y ss.

⁶⁴ De aplicación a las fundaciones de competencia estatal. *Cfr.* disposición final primera.4 LF.

dicha vinculación «esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados» o bien se realice «por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial» (art. 21.2 LF).

Por su parte, el art. 21.3 párrafo primero LF dice que «los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquéllos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización».

Una simple lectura de estas normas es suficiente para dejar constancia de la necesidad de simplificación de este régimen, que distingue entre bienes y derechos dotacionales, bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de fines fundacionales y el resto de bienes y derechos (no dotacionales ni vinculados al cumplimiento de fines fundacionales), que requieren además una distinción tipológica posterior para determinar si los actos de disposición sobre los mismos deben comunicarse al Protectorado (bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural y aquéllos cuyo importe sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación). Se trata de una clasificación cuya complejidad no se justifica en aras de la protección del patrimonio de la fundación, que puede buscarse con una normativa más clara, sin perjuicio además de otros problemas importantes de interpretación⁶⁵.

Por ello, el ALF asumió como objetivo fundamental en este punto la simplificación del régimen de actos de disposición sobre el patrimonio fundacional⁶⁶, para lo que partió de una clasificación que distinguía únicamente a estos efectos entre bienes y derechos

⁶⁵ Vid. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, pp. 306 y ss, 340 y ss; PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, pp. 262 y ss, 269 y ss.

Así, por ejemplo, *vid.* STS de 7 de marzo de 2011, Sala de lo Civil (RJ 2011/2757), en la que se consideró innecesaria la autorización del Protectorado para disponer de un inmueble por inexistencia de vinculación del mismo con la dotación ni con el cumplimiento de los fines fundacionales (art. 21.1 LF), y ello por falta de vinculación expresa y concreta con dichos fines conforme al art. 21.2 LF (Fundamento de Derecho Segundo). Sobre la misma, HORNERO MÉNDEZ, «La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa...», *op. cit.*, pp. 284 y ss, especialmente, pp. 296 y ss.

⁶⁶ *Cfr.* Exposición de Motivos, III, ALF, p. 4.

dotacionales y no dotacionales, de forma que los actos de disposición sobre los primeros se sometían a la obtención de autorización previa del Protectorado, que se concedería en un plazo de treinta días a contar desde la presentación de la solicitud en caso de concurrencia de causa justificada (art. 20.1 ALF), mientras que los actos de disposición sobre los segundos se sometían al requisito de comunicación posterior al mismo Protectorado en un plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización cuando su importe fuera superior al 25 por 100 del activo de la fundación conforme al último balance aprobado (art. 20.2 párrafo primero ALF).

De este modo, se habría conseguido, no sólo una simplificación del régimen, sino también reducir los actos de disposición que requieren la obtención de autorización previa del Protectorado, pues si solo se establecía para los bienes y derechos dotacionales se habría dejado al margen del mismo a los bienes y derechos que, sin ser dotacionales, estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales (art. 21.1 LF).

Como pusimos de manifiesto en otro lugar, requerir autorización administrativa en este último caso puede dificultar demasiado la rapidez que en ocasiones requiere una gestión económica eficaz, por ejemplo, cuando se trate de bienes vinculados al cumplimiento de fines fundacionales por formar parte de una organización económica de tipo empresarial a través de la que la fundación realiza sus propios fines estatutarios (fundación-empresa de tipo funcional⁶⁷), pues la obtención de dicha autorización supone la tramitación de un procedimiento administrativo cuya resolución se puede prolongar hasta tres meses desde que se presenta la solicitud (art. 19.3 RF).

De ahí la propuesta de seguir avanzando hacia un régimen de actos de disposición sobre el patrimonio de la fundación más ágil, menos sometido a la burocracia administrativa, como mínimo con relación a este tipo de bienes vinculados al cumplimiento de fines fundacionales que carezcan de una especial entidad económica, cuyo control por parte del Protectorado puede realizarse, entre otros medios, a través del sistema de comunicación posterior en plazo, que no está exento de garantías que posibilitan que control se pueda ejercer, al menos teóricamente, de forma efectiva (art. 18 RF)⁶⁸.

Por todo ello, valoramos de forma positiva la propuesta del artículo 20.1 ALF, que por otro lado se situaría en la línea de la

⁶⁷ Sobre su delimitación conceptual, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

⁶⁸ *Vid.* PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, pp. 274 y ss. En el mismo sentido, MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, *op. cit.*, pp. 41 y 42; LORENZO GARCÍA/PIÑAR MAÑAS/SANJURJO GONZÁLEZ, «Reflexiones en torno a las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 63 y ss.

legislación autonómica de fundaciones, mucho más flexible que la estatal en este punto⁶⁹. No se olvide que la concesión al Patronato de una mayor autonomía para la gestión del patrimonio de la fundación es una medida correlativa al endurecimiento de su régimen de responsabilidad, como demostró la LF: la búsqueda de agilidad en la gestión del patrimonio fundacional en aras de su mejor rendimiento, a la que desde luego no contribuye un régimen amplio de autorizaciones previas (art. 21 LF), se compensa con el agravamiento de la responsabilidad de los patronos por los actos dañosos para la fundación que realicen en el ejercicio de su cargo, de la que solo pueden exonerarse demostrando una total ausencia de participación y de conocimiento de los mismos (art. 17.2 LF).

En este sentido, no consideramos justificadas las afirmaciones que hizo la AEF en la citada nota de prensa de 29 de agosto de 2014 relativa al ALF, en la que se decía que establecía «un régimen concesional en el que existe una exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, evitando así la fluidez en la gestión de los procedimientos». En la misma línea, se declaraba que, siendo necesario facilitar la gestión de las fundaciones, «mientras las leyes anteriores han contribuido a dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de los fines de interés general, la AEF considera que este nuevo proyecto representa un paso atrás, al tiempo que pone de manifiesto una enorme desconfianza hacia el sector». Como hemos visto, la realidad del ALF era precisamente en este punto disminuir, no aumentar, las autorizaciones previas del Protectorado necesarias para la realización de actos de disposición.

Por otro lado, el artículo 20.2 párrafo primero ALF pretendía someter al sistema de comunicación posterior en plazo al Protectorado a los actos de disposición que tuvieran por objeto bienes y derechos no dotacionales cuyo valor económico superara el 25 por 100 del activo de la fundación conforme al balance aprobado en el último ejercicio económico. Con ello no sólo se habría superado la defectuosa y alambicada redacción del citado artículo 21.3 párrafo primero LF sino que se habría incidido en la tendencia flexibilizadora del régimen de actos de disposición al no hacer diferencias entre tipos de bienes y requerir la comunicación posterior solo por razón de su valoración económica, que es lo verdaderamente relevante, por lo que también nos merece una valoración positiva y, por ello, una propuesta a tener en cuenta de cara a futuras reformas.

⁶⁹ Vid. PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, pp. 276 y ss.

3.2.2 PUBLICIDAD REGISTRAL

El artículo 20.3 ALF incorporaba una novedad con relación a la cuestionada publicidad de los actos de disposición sobre el patrimonio fundacional en el Registro de Fundaciones (art. 21.4 LF), pues se pretendía limitar la obligación de inscribir en dicho Registro haciéndola recaer únicamente sobre «los actos jurídicos relativos a los bienes y derechos que formen parte de la dotación». Con ello se habría aceptado parcialmente la crítica realizada sobre la legislación vigente en el sentido de que los registros de personas jurídicas se han creado con la finalidad de que se inscriban en ellos los actos concernientes a las mismas que podrían denominarse estructurales, fundamentalmente, su constitución, modificación, fusión y extinción, no los negocios jurídicos de carácter patrimonial que lleven a cabo con terceros, que deberían inscribirse únicamente en el Registro de bienes o actos que corresponda⁷⁰.

Ciertamente, por mucho que se considere que dicha inscripción favorece la seguridad jurídica, excede la función del Registro de Fundaciones como registro de personas jurídicas; así lo reflejó el legislador catalán en el artículo 333-1.4 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), sobre las personas jurídicas, aprobado por Ley 4/2008, de 24 de abril, estableciendo la obligatoriedad de que los actos de disposición que puedan ser objeto de publicidad registral se inscriban únicamente «en el Registro de la Propiedad o en el registro que proceda por razón del objeto».

Como argumento a mayores, hay que tener en cuenta que el mismo artículo 21.4 *in fine* LF dice que los actos de disposición sujetos a la obtención de autorización administrativa previa o a comunicación posterior deben quedar reflejados en el Libro inventario de la fundación, que tiene también acceso al Registro de Fundaciones como parte de la memoria anual de la fundación, integrada a su vez en sus cuentas anuales (art. 25.2 párrafo cuarto y 25.7 LF): la constancia en el Registro de Fundaciones de las variaciones patrimoniales que se produzcan anualmente como consecuencia de la realización de actos de disposición se lleva a cabo también por la vía del inventario, lo cual contribuye al cuestionamiento de la necesidad de inscripción específica de tales actos de disposición⁷¹.

⁷⁰ Vid. PAU PEDRÓN, A., «El Registro de Fundaciones (artículos 36 y 37 y disp. transit. 4.ª)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, p. 559.

⁷¹ Vid. PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, pp. 273 y ss.

3.3 Herencias y donaciones

El artículo 22 LF regula la aceptación de herencias, legados y donaciones por las fundaciones⁷². Con relación a las primeras, su aceptación se entiende siempre hecha a beneficio de inventario (art. 22.1 LF), con lo que nos encontramos ante una aplicación automática, *ex lege*, de dicho beneficio de inventario, cuyo fundamento está en la necesidad de protección del patrimonio de la fundación. Su pérdida por el Patronato como consecuencia de la realización de cualquiera de los actos de ocultación y dispositivos del artículo 1024 del Código Civil (en adelante, CC) determina la responsabilidad de los patronos implicados frente a la fundación (art. 22.1, *in fine*, LF), si bien se trata de una mención superflua, al ser reconducible a la norma general sobre responsabilidad de los patronos (art. 17.2 LF), y, además, incompleta, puesto que existen otras causas de pérdida del beneficio de inventario (arts. 1002 y 1018 CC) que deben considerarse incluidas por analogía⁷³. Ambas cuestiones podrían ser tenidas en cuenta de cara a una futura reforma.

Por otro lado, el art. 22.2 LF establece un requisito de comunicación posterior al Protectorado para la aceptación de «legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas», en un plazo de diez días hábiles a contar desde su realización, y se refiere de nuevo innecesariamente a la posibilidad de ejercicio por parte de dicho Protectorado de la acción de responsabilidad frente a los patronos por la realización de actos «lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta Ley», es decir, los del artículo 17.2 LF.

Con respecto a ello, la primera cuestión a tener en cuenta es que la consideración de las donaciones remuneratorias en esta norma está autorizadamente cuestionada, en el sentido de que carecen de un matiz de onerosidad similar al que tienen las donaciones onerosas o con carga.

Efectivamente, las donaciones remuneratorias se realizan como consecuencia de servicios prestados al donante, en este caso, por la fundación donataria, no siendo consecuencia de deudas exigibles (art. 619 CC); por esta razón, se someten a las normas del contrato de donación «en la parte que excedan del valor del gravamen

⁷² Conforme a la disposición final primera.2.b) LF, se trata de legislación civil, de aplicación general, por tanto, de acuerdo con el art. 149.1.8.ª CE, a excepción del último inciso del art. 22.2 LF, que tiene el carácter de legislación procesal siendo por ello de aplicación general al amparo del art. 149.1.6.ª CE (disposición final primera.3 LF).

⁷³ Vid. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, p. 329; PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, pp. 278 y ss.

impuesto» (art. 622 CC), que en realidad no es un gravamen sino la remuneración, no exigible, de un servicio prestado. Implican en este sentido, por tanto, un enriquecimiento para el donatario que prestó voluntariamente tales servicios al donante, razón por la que se ha criticado fundadamente su consideración en el artículo 22.2 LF para someterlas al requisito de comunicación al Protectorado y otorgarlas así un tratamiento distinto al de las donaciones puras⁷⁴.

El artículo 21.2 ALF pretendía someter también al requisito de comunicación al Protectorado a las donaciones modales «cuando el modo impuesto no sea propio de las finalidades de la fundación». En este caso sí nos encontramos en el ámbito de las donaciones onerosas o con carga, que pueden ser o no beneficiosas para la fundación, por lo que está justificada la necesidad de comunicación al Protectorado. Sin embargo, las donaciones modales deben considerarse ya incluidas en la mención general a las donaciones onerosas del artículo 22.2 LF, y no parece necesaria una mención específica a aquellas en las que el modo o conducta que se imponga a la fundación donataria carezca de relación con los fines de la fundación: exista o no esta relación con los fines de la fundación, conviene que se comuniquen al Protectorado para que compruebe si la carga impuesta, de contenido económico o no, es beneficiosa en sí misma para la fundación, pues por el hecho de que tenga relación con dichos fines no tiene por qué serlo necesariamente.

Finalmente, con relación al plazo de comunicación, hay que señalar la conveniencia de equipararlo al plazo general de treinta días hábiles aplicable a los actos de disposición sobre el patrimonio (arts. 21.3 párrafo primero LF), tanto por razones de seguridad jurídica, que aconsejan homogeneidad de plazos de comunicación, como por la brevedad del plazo de diez días del artículo 22.2 LF⁷⁵.

4. FUNCIONAMIENTO Y ACTIVIDAD

4.1 Principios de actuación y transparencia

La actual situación de desconfianza hacia el sector fundacional, derivada de los numerosos casos en los que se ha utilizado a la persona jurídica, constituida como ente sin ánimo de lucro, para fines de enriquecimiento particular, reclama una actuación del legislador dirigida a garantizar que se produzca efectivamente la consecución

⁷⁴ Vid. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, pp. 331 y 332.

⁷⁵ Vid. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, *op. cit.*, p. 179; PÉREZ ESCOLAR/CABRA DE LUNA/LORENZO GARCÍA, «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *op. cit.*, p. 282.

de los fines de interés general que están llamadas a satisfacer (art. 34.1 CE).

En este punto, los denominados «*principios de actuación*» de las fundaciones (art. 23 LF⁷⁶) deben actualizarse bajo la óptica de la necesidad de transparencia de su gestión y actividades, práctica de buen gobierno de consideración imprescindible para cualquier persona jurídica de carácter no lucrativo, que por este motivo es destinataria de ayudas y subvenciones públicas y beneficiaria de un régimen fiscal privilegiado. La confianza que se deposita en las fundaciones al considerarlas merecedoras de este tipo de recursos públicos y beneficios fiscales debe tener como contrapartida indiscutible una actuación y rendición de cuentas transparente, que demuestre que su patrimonio está siendo bien administrado por destinarse de forma real a la satisfacción de los fines de interés social que en cada caso corresponda cumplir.

Podría decirse que esta idea es una obviedad; sin embargo, la realidad ha demostrado la inexistencia de voluntad en muchas fundaciones para hacerla efectiva, y ello sin entrar en los escándalos de corrupción que han desprestigiado al sector, en los casos más vergonzantes concurriendo además instrumentalización política.

Por ello, la intervención del legislador con este fin es muy necesaria con la finalidad de concretar alguno de dichos «*principios de actuación*» del artículo 23 LF, particularmente, su letra b), que obliga a las fundaciones a «dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados». ¿Qué es dar información suficiente? Se trata de una formulación tan abstracta y genérica del importantísimo deber de transparencia que no pasa de constituir una mera declaración programática, una pauta genérica de comportamiento cuyo cumplimiento permite una escala de realización muy amplia, que va desde lo menos apropiado a lo más apropiado al contenido del principio, de forma que lo único que cabe es pedir que se produzca en cada caso un resultado razonable conforme a un criterio de proporcionalidad entendido en función de las circunstancias y características de cada fundación⁷⁷.

Los otros dos principios de actuación del artículo 23 LF, «destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la fundación, a sus fines fundacio-

⁷⁶ De aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

⁷⁷ Así, EMBID IRUJO, J. M., «Funcionamiento y actividad de la fundación (artículos 23 a 27)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., Muñoz Machado, S./Cruz Amorós, M./Lorenzo García, R. de (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 365 y 366.

nales» [a]), y «actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios» [c)], no plantean el mismo problema. En el primer caso, porque tiene su propia concreción normativa: el artículo 27.1 LF, que establece la obligatoriedad de que un mínimo del 70% de rentas e ingresos de la fundación se destine a la satisfacción de los fines fundacionales, debiendo el resto dirigirse a incrementar la dotación o las reservas.

En el segundo, porque el artículo 3.2 LF parte de la necesidad de que el fin de la fundación, por ser de interés general, beneficie a «colectividades genéricas de personas»⁷⁸, lo cual supone, como dice el artículo 3.3 LF, que no puede tener como finalidad principal el destino de sus prestaciones al fundador, a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas por análoga relación de afectividad, a sus parientes hasta el cuarto grado ni a personas jurídicas concretas que no persigan fines de interés general. A partir de ahí, el artículo 23.c) LF obliga a las fundaciones a actuar con imparcialidad y no discriminación en la selección de los beneficiarios concretos de sus prestaciones entre el grupo potencial de los mismos, imparcialidad y no discriminación que viene determinada por el contenido del artículo 14 CE.

Sin embargo, el principio de actuación del artículo 23.b) LF, «dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados», requiere concreción legislativa. La aplicación del principio de transparencia a las fundaciones no puede quedar en una formulación abstracta de valores, máxime cuando en la actualidad el canal más importante de comunicación e información social, Internet, es accesible para todos los ciudadanos.

En este sentido, el artículo 22.4 ALF pretendió establecer la obligatoriedad de que todas las fundaciones tengan una página web en la que se publique, «al menos», información relativa a «las actividades previstas y desarrolladas en cumplimiento de sus fines» [a)]; «el plan de actuación aprobado» [b)]; «las cuentas anuales e informes de auditoría», si tienen obligación de someter a auditoría externa sus cuentas anuales [c)]; «el perfil y cargos del patronato y la identidad de los ejecutivos y responsables de cada una de las áreas de actuación» [d)], y «las subvenciones y ayudas públicas percibidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiario» [e)]. Se trata de una información mínima sobre gestión y actividad de las fundaciones que todas deberían proporcionar a la sociedad de cara a un mejor funcionamiento de las mismas,

⁷⁸ Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, pp. 36 y ss.

del aumento de la confianza social hacia ellas, de la mejora de su visibilidad y proyección y, por supuesto, en aras de un control más efectivo de su actividad.

En la misma línea, el artículo 22.5 ALF establecía la obligatoriedad de las fundaciones de «impulsar la aprobación y difusión de sus propios códigos de buen gobierno», de modo que, con independencia de la necesidad de cumplimiento de los principios de buen gobierno establecidos específicamente para los patronos en el artículo 17.1 ALF, dirigidos a concretar su obligación de actuar diligentemente a efectos de responsabilidad frente a la fundación (art. 17.2 ALF), se las habría encomendado la tarea de elaborar los suyos propios, adaptados a su dimensión económica y tipo de actividad, y de difundirlos, entendemos que con la finalidad de contribuir a su efectividad pese a su carácter en principio no vinculante⁷⁹.

Con ello se habría ido más allá de ese mínimo marcado por la ley con relación a la actuación de los patronos buscando la instauración de modos de actuar propios para cada fundación, considerada en su integridad, fundamentados en la necesidad de transparencia, cuestión que también entendemos que es de consideración obligada ante cualquier intento de renovación del Derecho de Fundaciones. Los códigos de buen gobierno que en su caso se establezcan para las fundaciones no se deberían limitar a reglar la actuación del Patronato sino abarcar la de todos sus órganos de gestión y, en definitiva, considerar a la fundación en su integridad⁸⁰, a cuyos efectos debería pensarse en establecer también legislativamente unas pautas básicas, de obligado cumplimiento, sin perjuicio de la implantación de otras más concretas por cada fundación en función de sus características particulares.

4.2 La actividad económica: su relación con el fin fundacional

La posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas constituye un tema que, si bien hoy día está generalmente admitido⁸¹, plantea muchas dudas en torno a las cautelas que deban establecerse con la finalidad de que no se desvíen de la satisfacción de los fines de interés general para los que fueron creadas, sentido

⁷⁹ Vid. EMPARANZA SOBEJANO, «El gobierno de las entidades público-privadas: ...», *op. cit.*, pp. 174 y 175, especialmente, 176 y ss.

⁸⁰ En este sentido, *vid.* GARCÍA ÁLVAREZ, «Los Códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», *op. cit.*, pp. 189 y 190, 199 y ss.

⁸¹ A estos efectos, se habla de la superación de la concepción estática, rentista, de la fundación decimonónica, y de su consideración actual como operador económico del mercado cuyos aspectos organizativos se subrayan, como también dijimos anteriormente, sobre los estrictamente patrimonialistas (art. 2.1 LF). *Vid.* EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 30 y 31.

y fundamento de la institución (art. 34.1 CE). Ciertamente, la naturaleza no lucrativa de la institución constituye el punto de partida de cualquier consideración sobre su régimen jurídico y, particularmente, sobre todo lo relativo a su actividad económica, de modo que se debe tener siempre presente que permitir dicha actividad económica supone admitir su actuación dinámica y coherente con una economía de mercado pero en modo alguno admitir su «mercantilización»⁸².

En relación con ello, hemos defendido que la limitación de la actividad económica de naturaleza empresarial realizada por las fundaciones debería venir por la vía de garantizar, por los medios que sea necesario, que los beneficios obtenidos se reinviertan mayoritariamente en la satisfacción de los fines de interés general encomendados, debiendo el resto contribuir a la consolidación del patrimonio de la fundación; esta es la idea que se plasma en el artículo 27.1 LF, pero requiere, como es sabido, de su combinación con el artículo 24.1 LF, que marca los criterios de conexión material entre actividad económica y fin fundacional. La cuestión no estaría tanto, a mi modo de ver, en exigir una determinada relación entre ambos sino en garantizar que el beneficio económico se destine a dicho fin y no a sujetos particulares⁸³, para lo cual es indispensable un reforzamiento de los mecanismos de control de la actividad de las fundaciones, particularmente, como veremos más adelante, de las facultades de actuación del Protectorado.

El artículo 24.1 párrafo primero LF reconoce la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades «económicas» (que con más rigor deberían denominarse «empresariales») pero siempre que su objeto «esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas», es decir, subordina su validez a la existencia de vinculación directa con la naturaleza de los fines de la fundación («fundación-empresa» de tipo funcional), admitiendo como máximo una relación complementaria o accesorio de la actividad económica con otra de objeto relacionado directamente con dichos fines⁸⁴. En este último caso, la actividad económica es simplemente un modo de financiación de la funda-

⁸² Vid. EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, p. 32.

⁸³ Resultan de cita obligada a estos efectos las palabras del profesor J. L. LACRUZ BERDEJO: la finalidad altruista de la fundación «se cifra realmente en la no realización de ganancias repartibles». Vid. *Elementos de Derecho Civil*, I, volumen segundo, Dykinson, Madrid, 2010, p. 319.

⁸⁴ El art. 24 LF es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF). El legislador estatal habría considerado que la no incidencia de esta norma en el estatuto jurídico del empresario, en la medida en que se limita a establecer las posibilidades de actuación económica de la fundación en función de su relación con el fin fundacional, determina que no nos encontremos ante legislación mercantil.

ción, pues carece de relación con sus fines («fundación-empresa» de tipo dotacional), que el legislador estatal admite por el hecho de tratarse de una actividad complementaria o accesoria de otra sí relacionada con los fines de la fundación; podría ser el caso, por ejemplo, de la explotación de una cafetería establecida en un museo de una fundación dedicada a la satisfacción de fines culturales⁸⁵.

Sin embargo, cuando el mismo legislador estatal regula la posibilidad de que la fundación invierta su capital en participaciones de sociedades mercantiles (la denominada «fundación con empresa» si la participación es duradera y tiene finalidad de control⁸⁶) no establece ninguna limitación de este tipo sino que permite que la sociedad mercantil participada tenga cualquier objeto, relacionado con el fin fundacional o no. Así, el artículo 24.1 párrafo segundo LF dice claramente que «podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades», siempre que sean de tipo no personalista y que se informe al Protectorado de las participaciones mayoritarias (art. 24.2 párrafo primero LF)⁸⁷.

El motivo de esta diversidad de trato es difícil de saber, pues no aparecen alusiones a ello en la Exposición de Motivos LF. Al respecto, se ha señalado la posibilidad de que sea la separación jurídica existente entre la fundación y la sociedad participada lo que explique que se permita la misma desconexión entre los fines de una y otra, o bien la hipotética consideración por parte del legisla-

En contra, EMBID IRUJO, considerando que, al asumir la fundación la condición de empresaria con el ejercicio de tales actividades económicas, nos encontramos en el ámbito de la competencia exclusiva del Estado del art. 149.1.6.ª CE. *Vid.* «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 63 y 64, nota 43.

⁸⁵ *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 121 y ss. Para la interpretación de este régimen jurídico, véase también EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación...», *op. cit.*, pp. 402 y ss, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 43 y ss, «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 45 y ss.

En el ámbito europeo, el decaído EFE optó por establecer límites de carácter cuantitativo a la realización de actividades económicas no relacionadas con los fines fundacionales, pues se pretendían limitar a que su volumen no superara el 10% de la facturación neta anual de la fundación, debiendo presentarse además sus resultados de forma separada en las cuentas anuales (art. 11.2 EFE). *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, «El Estatuto de la Fundación Europea...», *op. cit.*, pp. 397 y ss.

⁸⁶ *Vid.* EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 48 y 49, «Empresa y fundación...», *op. cit.*, pp. 24 y 25.

⁸⁷ En el mismo sentido, el art. 24.3 LF obliga a las fundaciones enajenar las participaciones en sociedades personalistas que reciban por cualquier título, salvo que en el plazo de un año se produzca la transformación de la sociedad participada en una de responsabilidad limitada. Sobre todo ello, *vid.* EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación...», *op. cit.*, pp. 405 y ss, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 48 y ss, «Empresa y fundación...», *op. cit.*, pp. 49 y ss; PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 43 y ss, especialmente, 49 y ss.

dor de que la participación en sociedades no constituye el ejercicio de una actividad empresarial propiamente dicha⁸⁸. En cualquier caso, la realidad es que se permite el ejercicio de una actividad económica a través de la participación de la fundación, que puede ser mayoritaria, en estructuras empresariales de objeto totalmente ajeno a los fines fundacionales, por tanto, con el único objetivo de financiación u obtención de beneficio económico.

El artículo 23.3 y 4 ALF pretendió mantener estos mismos límites contenidos en el artículo 24.1 y 2 LF para las actividades empresariales llevadas a cabo de forma directa por la fundación y su participación en sociedades mercantiles, respectivamente. La única novedad que aparecía en el ALF con relación a este tema fue la pretensión de elevar a rango legal la distinción que efectúa el artículo 23.1 RF entre las que denomina actividades «*propias*» de la fundación, que se realizan para el cumplimiento de fines, de forma gratuita o bajo contraprestación para compensar gastos, y «*mercantiles*», que se realizan con la finalidad de obtener un beneficio económico (art. 23.1. y 2 ALF), bajo forma, por tanto, de «*fundación-empresa*» o «*fundación con empresa*»⁸⁹.

Como ha puesto de manifiesto el profesor Embid Irujo con relación al artículo 23.1 RF, esta diferenciación tiene su interés desde el punto de vista terminológico en el sentido de que deja traslucir la consideración del carácter secundario o menos «*natural*» para las fundaciones de las actividades mercantiles frente a las llamadas actividades «*propias*»⁹⁰. Pero, desde el punto de vista práctico, las actividades mercantiles de la fundación, dirigidas a la obtención de beneficio económico bien por suponer en sí mismas el ejercicio de una actividad empresarial o bien por implicar una inversión de capital en sociedades mercantiles, pretendían seguir sometidas exactamente a la misma regulación, argumentándose al respecto que ello perseguía «evitar la utilización instrumental de la figura jurídica de la fundación para el desarrollo de actividades que no guarden relación con los fines que justifican su existencia, así como la generación de redes económicas cuyo peso descansa en la constitución de una fundación»⁹¹.

⁸⁸ Vid. EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, p. 42, «Empresa y fundación...», *op. cit.*, p. 35.

⁸⁹ El art. 23.6 ALF incidía en ello diciendo que «no podrá entenderse que las actividades de la fundación se realizan en cumplimiento de sus fines cuando sean desarrolladas por sociedades mercantiles o consistan en la adquisición de participaciones de capital y operaciones realizadas en el mercado financiero».

⁹⁰ Desde el punto de vista sistemático, se hubiera ubicado en norma de rango legal esta clarificación que actualmente, de forma no muy acertada, se contiene en norma reglamentaria. Vid. EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 40 y 41, «Empresa y fundación...», *op. cit.*, pp. 32 y 33.

⁹¹ Cfr. Exposición de Motivos, III, ALF, pp. 4 y 5.

Sin embargo, a mi modo de ver, la cuestión que debe plantearse es por qué seguir manteniendo limitaciones de este tipo a la actividad económica de las fundaciones cuando se trata de una actividad económica directa, es decir, que la fundación ejerce como empresaria, por sí misma, mientras dichas limitaciones no existen para invertir su capital en sociedades, que pueden tener cualquier objeto. Las posibilidades de financiación que ofrece la inversión de capital en acciones de sociedades mercantiles deberían reconocerse en la misma medida con relación al desarrollo directo de actividades empresariales, pues, en definitiva, es el destino del beneficio económico a la satisfacción de los fines fundacionales lo que determina su legitimidad o no, y es ahí donde el legislador debe incidir por todas las vías posibles para garantizarlo, particularmente, a través de un reforzamiento de las facultades de actuación atribuidas al Protectorado para ejercer su función de control.

Con otras palabras y volviendo a lo que constituye el fundamento de la cuestión, lo que diferencia a una persona jurídica de carácter no lucrativo (asociaciones y fundaciones) frente a las de carácter lucrativo (sociedades) no es la posibilidad de realizar o no actividades económicas de una u otra naturaleza sino la imposibilidad de las primeras de distribuir el beneficio económico entre sujetos particulares, pues está vinculado a la satisfacción de los fines para los que se crea la persona jurídica y a su propio desarrollo en aras también de la mejor satisfacción de dichos fines⁹².

4.3 Contabilidad, auditoría y plan de actuación

Las normas sobre contabilidad, auditoría y plan de actuación de las fundaciones constituyen uno de los soportes básicos del control de su actividad, control que, como venimos reiterando, debe reforzarse por todas las vías posibles con la finalidad de garantizar su correcto funcionamiento al servicio de los fines de interés general que tengan encomendados. En esta línea, el ALF pretendió introducir novedades importantes con este objetivo que sintetizamos a

⁹² Así lo defendí en PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 132 y ss. En este sentido, EMBID IRUJO ha puesto de manifiesto que, aun siendo correcto situar el cumplimiento de los fines fundacionales en el centro de la actividad de estos entes como «elemento insoslayable» de su régimen normativo, «la inferior libertad en punto a la realización de actividades mercantiles de que disfruta la fundación-empresa frente a la fundación con empresa puede dar lugar a numerosos problemas, y es susceptible de restringir, sin el debido fundamento, la utilidad práctica de aquella figura». *Vid.* «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 41 y 42, «Empresa y fundación...», *op. cit.*, p. 35. También, sobre la «licitud» de la «fundación-empresa» de tipo dotacional, en «Funcionamiento y actividad de la fundación...», *op. cit.*, pp. 402 y 403.

continuación al objeto de que puedan servir de referencia de cara a futuras reformas del artículo 25 LF⁹³.

Por lo que se refiere a la contabilidad de la fundación, se intentó posibilitar la necesidad de aportar más documentación que la que actualmente se requiere en el sentido de que el artículo 24.2 párrafo segundo, segunda parte, ALF, pretendió introducir como parte integrante de las cuentas anuales, a mayores del balance, la cuenta de resultados y la memoria (art. 25.2 párrafo segundo LF), «el resto de documentos que establezca el Plan de Contabilidad que sea de aplicación», es decir, el resto de documentación que en cada momento se considere pertinente aportar conforme a lo previsto en dicho Plan.

En el mismo sentido, el artículo 24.2 párrafo cuarto ALF aumentaba el contenido mínimo de la memoria de la fundación (art. 25.2 párrafos tercero y cuarto LF) estableciendo como parte necesaria de la misma la información relativa a las retribuciones percibidas por los miembros de los órganos de gobierno, dirección y representación, y a los negocios jurídicos celebrados entre éstos y la fundación, cuestiones ambas de importancia capital de cara a evitar que este tipo de personas jurídicas se desvíen de la satisfacción de sus fines de interés general.

Según expresamos en otro lugar, «repensar las fórmulas de control de la actividad de las fundaciones no puede dejar de tener en cuenta la importancia de las cuentas anuales como instrumento dirigido a constatar que sus ingresos se destinan efectivamente a la realización de los fines de interés general asumidos en el porcentaje mínimo establecido por la ley (art. 27.1 LF y concordantes autonómicos), por lo que sería conveniente que el legislador incidiera en la necesidad de que esta documentación contable se elabore de la forma más detallada y justificada que sea posible, tanto desde el punto de vista cuantitativo como también cualitativo, es decir, relativo a la especificación pormerizada de las actividades realizadas y servicios prestados»⁹⁴.

El ALF no preveía una norma semejante al artículo 25.9 LF, cuyo párrafo primero remite a lo dispuesto en el Código de Comer-

⁹³ De aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

⁹⁴ PÉREZ ESCOLAR, M., «El Protectorado de las fundaciones, Hacia una renovación de sus facultades de actuación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, marzo 2012, n.º 2140, www.mjusticia.es/bmj, p. 24. En esta línea, *vid.* art. 24 del Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco.

La memoria es el documento contable que mayor información aporta sobre la fundación, de ahí la importancia de que contenga información detallada de su actividad. *Vid.* RÚA ALONSO DE CORRALES, E., «Las cuentas anuales y otros documentos obligatorios de información de las fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 238 y ss.

cio en materia de contabilidad cuando la fundación realice actividades económicas y la obliga a formular cuentas anuales consolidadas si se encuentra en los supuestos regulados por dicho Código de Comercio para la sociedad dominante. Entendemos que ello responde al hecho de que la fundación que realiza actividades económicas, en rigor, actividades de naturaleza empresarial⁹⁵, asume la condición de empresaria y, por tanto, el estatuto jurídico del empresario en su integridad, que le será aplicable mientras no existan normas específicas sobre cuestiones concretas⁹⁶.

Por su parte, el artículo 25.9 párrafo segundo LF, que obliga a las fundaciones que realicen actividades empresariales a incorporar información detallada en un apartado específico de la memoria sobre los elementos patrimoniales afectos a la actividad mercantil, también carecía de equivalente en el ALF, quizás por considerar suficiente a estos efectos la necesidad de que la memoria contenga información relativa a las actividades de la fundación «*indicando los recursos empleados, su procedencia y el número de beneficiarios*» de las mismas (arts. 25.2 párrafo tercero LF y 24.2 párrafo tercero ALF)⁹⁷.

Con relación a la obligación de las fundaciones de someter sus cuentas anuales a auditoría externa, el ALF, aparte algunas mejoras de redacción (art. 24.3, párrafos segundo y tercero, ALF, con relación al art. 25.6 LF), incorporaba la obligación de someterse a dicha auditoría para las fundaciones que reciban ayudas o subvenciones públicas en función de los límites y condiciones previstos en la normativa sobre auditoría de cuentas (art. 24.4 ALF). Más estricto era en este sentido el EFE, cuyo artículo 34.4 preveía la obligación de cualquier Fundación Europea de auditar las cuentas anuales, con independencia de su volumen de actividad y de cualquier otra consideración⁹⁸.

El ALF también modificaba el procedimiento de presentación de las cuentas anuales estableciendo la obligación de realizarlo ante el Registro de Fundaciones, en los quince días hábiles siguientes

⁹⁵ Al igual que sucede en el art. 24 LF, que como hemos visto también utiliza la terminología de «*actividades económicas*» para referirse a lo que en rigor son actividades empresariales. Vid. EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación...», *op. cit.*, pp. 393 y 394.

⁹⁶ Vid. EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación...», *op. cit.*, p. 379.

⁹⁷ Las novedades en materia de contabilidad incluían también una remisión al Plan de Contabilidad que en cada momento sea de aplicación con relación a los modelos de presentación de las cuentas anuales (art. 24.12 ALF), eliminándose al tiempo las actuales normas sobre cuentas anuales abreviadas (art. 25.3 LF) y régimen simplificado de contabilidad (art. 25.4 LF).

⁹⁸ Vid. PÉREZ ESCOLAR, «El Estatuto de la Fundación Europea...», *op. cit.*, pp. 399 y ss.

tes a su aprobación (art. 24.5 párrafo primero ALF), frente a la vigente obligación de presentarlas directamente ante el Protectorado, en los diez días hábiles siguientes a dicha aprobación, para, después de comprobar éste «*su adecuación formal a la normativa vigente*», proceder a depositarlas en el Registro de Fundaciones (art. 25.7 LF). Con ello, se habría encomendado al Registro de Fundaciones esta función de comprobar «*su adecuación formal a la normativa vigente*» (art. 24.5 párrafo segundo ALF) de forma que, después de proceder a su depósito (art. 24.5 párrafo segundo ALF), habría de haber asumido la obligación de informar y dar traslado al Protectorado competente de toda la información necesaria para que éste realizara la «*comprobación material*» de las cuentas anuales depositadas (art. 24.5 párrafo tercero ALF).

Con respecto al plan de actuación de la fundación, el ALF preveía igualmente un procedimiento de presentación ante el Registro de Fundaciones, en consonancia con el establecido para las cuentas anuales, frente al actual de presentación ante el Protectorado (art. 25.8 LF). Conforme a ello, el plan de actuación relativo a los objetivos y actividades previstos para el ejercicio siguiente debía presentarse ante dicho Registro de Fundaciones (art. 24.7 párrafo primero ALF) con la misma finalidad de que comprobara «*su adecuación formal a la normativa vigente*» y procediera a su depósito (art. 24.7 párrafo segundo ALF), informando y dando traslado posteriormente al Protectorado de toda la documentación necesaria para que pueda cumplir sus funciones (art. 24.7 párrafo tercero ALF).

El artículo 24.8 ALF también preveía la circunstancia de que el Protectorado observara la necesidad de realizar alguna modificación en las cuentas anuales o en el plan de actuación previamente depositados en el Registro de Fundaciones, en cuyo caso dichas modificaciones, comunicada su necesidad al Patronato de la fundación afectada y al mismo Registro de Fundaciones, deberían acceder a este último una vez realizadas por el Patronato y obtenida la conformidad del Protectorado sobre las mismas.

Por otro lado, el artículo 24.9 ALF pretendía incorporar la posibilidad de que se estableciera, entendemos que por vía reglamentaria, la obligatoriedad de elaborar las cuentas anuales y los planes de actuación mediante procedimiento electrónico, y ello con la finalidad de facilitar la labor del Protectorado o, como decía su Exposición de Motivos, de conseguir «un mayor grado de eficiencia en las relaciones entre las fundaciones y los órganos responsables de su control y supervisión»⁹⁹.

⁹⁹ Exposición de Motivos, III, ALF, p. 5.

Particularmente importante nos parece la previsión de cierre registral que se contenía en el artículo 24.10 ALF ante el incumplimiento del deber de presentación de las cuentas anuales o de los planes de actuación, que habría impedido la inscripción en el Registro de Fundaciones de los actos y documentos de la fundación que se estableciera reglamentariamente. Se trata sin duda de una medida acertada de cara a garantizar el correcto ejercicio del derecho de fundación, pues habría supuesto el establecimiento de una sanción automática ante el incumplimiento de la obligación de presentación de documentos tan importantes como las cuentas anuales o el plan de actuación, sanción no dependiente, por tanto, de la actuación del Protectorado¹⁰⁰.

En el mismo sentido, el artículo 24.11 ALF establecía la obligatoriedad de que el Protectorado remitiera anualmente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la relación nominal de las fundaciones incumplidoras del deber de depósito de las cuentas anuales, a cuyos efectos se obligaba al Registro de Fundaciones a remitir dicha relación al Protectorado en el primer mes de cada año¹⁰¹.

4.4 Destino de rentas e ingresos

El artículo 27 LF, «destino de rentas e ingresos», constituye una norma básica de cara a garantizar que las fundaciones cumplan con la satisfacción de los fines de interés general que en cada caso tengan encomendados, especialmente cuando desarrollen actividades de naturaleza empresarial¹⁰². A estos efectos, su número 1, párrafo primero, señala la obligación de destinar a la realización de dichos fines «al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económi-

¹⁰⁰ En la misma línea, el art. 32.8 de la nueva LFPV, ante el incumplimiento del deber de presentación de las cuentas anuales, lo cual se justifica en la Exposición de Motivos, II, diciendo que «otra de las novedades más significativas que contiene la ley es el cierre del registro como consecuencia directa de la falta de presentación de las cuentas anuales. De este modo, el legislador se hace eco de la necesidad de establecer una medida coercitiva ante dicho incumplimiento que, sin llegar a constituir un procedimiento sancionador, pueda ser una medida efectiva para que un mayor número de fundaciones cumplan con sus obligaciones de información económico-contable, lo cual garantiza la necesaria transparencia de dichas entidades».

¹⁰¹ A mayores, el art. 29.f) ALF pretendió introducir como nueva causa de extinción de la fundación el incumplimiento de la obligación de presentación de las cuentas anuales o de los planes de actuación durante tres ejercicios continuados, aunque en este caso la finalidad declarada por el prelegislador fue evitar la existencia de fundaciones inactivas. *Vid.* Exposición de Motivos, III, ALF, pp. 5 y 6. En el mismo sentido, la disposición adicional décima ALF, para las fundaciones que, a la entrada en vigor de la nueva normativa, no hubieran presentado cuentas anuales en los últimos diez ejercicios, que incurrirían automáticamente en causa de extinción por imposibilidad de realización del fin.

¹⁰² De aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF), si bien la normativa autonómica no presenta diferencias sustanciales al respecto. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones...*, *op. cit.*, pp. 132 y 133.

cas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato».

El porcentaje establecido, 70 por 100 de rentas e ingresos, como destino obligatorio para la realización de los fines fundacionales, es adecuado, pues hay que tener en cuenta que el 30 por 100 restante debe destinarse a incrementar la dotación o las reservas de la fundación, es decir, a capitalizarla, por lo que en último término también repercute en la satisfacción de sus fines. Además, el mismo artículo 27.1 LF flexibiliza esta obligación permitiendo que su cumplimiento se produzca en el plazo 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».

No obstante, cabe hacer también algunas consideraciones críticas sobre esta norma que podrían tenerse en cuenta de cara a futuras reformas. En primer lugar, el artículo 27 LF se complica excesivamente, al igual que la propuesta contenida en el artículo 25.2, 3, 4 y 5 ALF, cuando se refiere a los detalles del cómputo de ingresos y gastos, lo cual podría simplificarse con una remisión a una norma especial en la que se recojan todas las cuestiones de índole propiamente contable.

Por otro lado, habría que tener en consideración el artículo 25.6 ALF, que pretendía establecer la necesidad de que exista una «adecuada proporcionalidad entre los recursos empleados, las actividades realizadas y los fines conseguidos», pudiendo solicitar el Protectorado al Patronato de la fundación toda la información que considere necesaria para valorar esta adecuación. Con ello se perseguiría evitar la utilización de los recursos de la fundación de forma fraudulenta en los casos en que se manejan sin relación de proporcionalidad con respecto a la actividad que se realiza y los fines satisfechos con la misma, entendiéndose que tal proporcionalidad sólo existe cuando se enmarca en un criterio de razonabilidad a valorar en función de las circunstancias del caso concreto. Así, por ejemplo, no existe una proporcionalidad adecuada cuando, por ejemplo, se destina una cantidad de ingresos no razonable para la realización de un congreso científico, por mucho que su temática esté relacionada con los fines de la fundación.

Finalmente, también consideramos importante el artículo 25.7 ALF, que pretendía establecer la obligación del Protectorado de remitir al Ministerio de Hacienda la información relativa a las fundaciones que no cumplan lo previsto sobre destino de ingresos, pues su cumplimiento constituye un requisito para que puedan ser

consideradas entes no lucrativos a efectos tributarios y así ser destinatarias de un régimen fiscal privilegiado (art. 3.2.º LRF)¹⁰³.

4.5 Contratación con personas o entidades vinculadas a la fundación

La contratación de los patronos con la fundación constituye una situación de conflicto de intereses que debe ser especialmente tenida en cuenta por el legislador con la finalidad de evitar la utilización de la posición de patrono para conseguir contratos ventajosos y, por tanto, perjudiciales para la fundación; téngase en cuenta que el cargo de patrono puede ser ejercido por entes públicos o privados, a través de su correspondiente representante, respecto de los que la oportunidad de negocio puede surgir con frecuencia. En la actualidad, el artículo 28 LF regula el supuesto que denomina de «autocontratación» diciendo que «los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos»¹⁰⁴.

Pues bien, con relación a esta situación hay que tener en cuenta dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, que, como viene reclamando la doctrina, sería conveniente incrementar las cautelas en el sentido de concretar otros supuestos semejantes de conflictos de interés no contemplados por el artículo 28 LF, que solo se refiere a la contratación entre fundación y patronos¹⁰⁵. A estos efectos, el ALF constituye de nuevo un texto de referencia, pues su art. 26.5 ampliaba el ámbito personal de la llamada autocontratación «superando las lagunas existentes e incluyendo aquellos supuestos en los que puede darse conflicto de intereses»¹⁰⁶. Así, bajo la expresión de «personas o entidades vinculadas» a la fundación, consideraba como tales a:

«a) Los fundadores, los patronos, los miembros de otros órganos de la fundación, las personas físicas que actúen como represen-

¹⁰³ Exposición de Motivos, III, ALF, p. 5.

¹⁰⁴ De aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

Sobre la calificación de «autocontratación» del supuesto, no del todo correcta, *vid.* SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, p. 337: como dice esta autora, el supuesto se refiere al caso de contratación de la fundación con un patrono que no actúa en representación de la misma, lo que en rigor no es un supuesto de autocontratación sino de incompatibilidad por conflicto de intereses; autocontratación sería la contratación entre fundación y patrono que actúa en representación de la anterior o entre fundación y todos los miembros del Patronato.

¹⁰⁵ *Vid.* SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, p. 339; MATO PACÍN, M.ª N., «La autocontratación en el ámbito de las fundaciones, Supuestos y sistema de control», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, pp. 163 y ss.

¹⁰⁶ *Cfr.* Exposición de Motivos, III, ALF, p. 5.

tantes de los patronos y las personas que actúen en virtud de poderes otorgados por el Patronato. b). Los cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad y las personas unidas por relaciones de parentesco, en línea recta o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, de las personas citadas en la letra a). c). Las entidades en las que las personas citadas en las letras a) y b) sean socios o partícipes o formen parte de sus órganos de gobierno. d). Las entidades en las que la fundación sea socio o partícipe».

Por otro lado, consideramos que el requisito de obtener autorización previa del Protectorado para realizar este tipo de contratos debe mantenerse, con independencia de su cuantía económica. No compartimos por ello en este punto el criterio del ALF conforme al que sólo las contrataciones con personas o entidades vinculadas cuyo conjunto superara anualmente una cantidad determinada o un porcentaje de los ingresos de la fundación deberían someterse a la autorización del Protectorado, bastando en caso contrario una comunicación posterior (art. 26.2, 3 y 4 ALF).

La autorización previa del Protectorado debe mantenerse para cualquiera de estos supuestos, con independencia de la cuantía económica del negocio, pues sólo de esta manera adoptaremos una solución verdaderamente garantista de los fines de la fundación¹⁰⁷. Otra cosa es que, como ha planteado la profesora Santos Morón, se pueda distinguir entre negocios jurídicos onerosos y gratuitos, de forma que se exonere de la obtención de autorización administrativa, únicamente, a las donaciones puras realizadas por los patronos a la fundación, que por conllevar siempre un beneficio para la misma dejan sin sentido el control del Protectorado¹⁰⁸.

5. MODIFICACIÓN Y FUSIÓN: EL ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL PROTECTORADO

Respecto a la modificación de estatutos de la fundación y su posible fusión con otra u otras fundaciones, es interesante hacer referencia a la propuesta contenida en el ALF con relación a ambos temas, marcada por la modificación del alcance de la intervención del Protectorado ante la que consideramos una aparente introducción de nuevos supuestos de autorización previa en determinados casos de modificación y fusión.

¹⁰⁷ En este sentido, *vid.* MATO PACÍN, «La autocontratación...», *op. cit.*, pp. 173 y ss.

¹⁰⁸ *Vid.* «El patrimonio de la fundación...», *op. cit.*, pp. 339 y 340.

Actualmente, los artículos 29.4 y 30.1 y 2 LF, para modificación y fusión, respectivamente, se refieren a la necesidad de comunicar al Protectorado el acuerdo del Patronato de modificación de estatutos o los acuerdos de fusión de los Patronatos de las fundaciones afectadas, de modo que dicho Protectorado puede oponerse a los mismos «por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado» en un plazo máximo de tres meses desde su notificación, con reconocimiento del juego del silencio positivo¹⁰⁹. Por tanto, el Protectorado puede oponerse a los acuerdos de modificación o fusión cuando no se cumplan los presupuestos legalmente establecidos para las mismas (arts. 29 y 30 LF), en cuyo caso hay que entender que tales acuerdos quedan sin efecto pudiendo el Patronato interponer, si lo estima conveniente, el recurso que corresponda (art. 43.1 LF)¹¹⁰.

En realidad, aunque las normas citadas se refieren a una necesidad de comunicación, en la práctica el sistema es de aprobación o autorización del Protectorado, puesto que lo que se comunica no es una modificación o fusión ya realizada sino el acuerdo o acuerdos al respecto de los Patronatos afectados para, a partir de ahí, el Protectorado tener que pronunciarse oponiéndose a ello, por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, o no, lo que en definitiva supone aprobarlo o no¹¹¹. Téngase en cuenta además que, por un lado, la valoración de las causas que facultan para la modificación de estatutos (art. 29.1 y 2 LF) no está exenta de discrecionalidad¹¹², y, de otra parte, que tanto la modificación estatutaria como la fusión de fundaciones requieren el posterior otorgamiento de escritura pública e inscripción

¹⁰⁹ El art. 29.4 LF se considera de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF), frente al mismo art. 29.1, 2, 3 y 5 LF, que tiene la consideración de legislación civil [disposición final primera.2 b) LF]. Por su parte, el art. 30.1 LF, sobre la comunicación del acuerdo de fusión al Protectorado, tiene la consideración de legislación civil [disposición final primera.2 b) LF] mientras que el art. 30.2 LF sólo es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

¹¹⁰ Vid. CAFFARENA LAPORTA, J., «La modificación de los Estatutos de la fundación (Artículo 29)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, p. 424.

¹¹¹ En este sentido, GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, op. cit., pp. 235 y 241, que dice que el Protectorado tiene en ambos casos una «*especie de veto*»; CAFFARENA LAPORTA, «La modificación de los Estatutos...», op. cit., p. 425, nota 30, «La fusión de las fundaciones (Artículo 30)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 446 y 447.

¹¹² ¿Cuándo una modificación de estatutos es «*conveniente*» en interés de la fundación (art. 29.1 LF)? Y, ¿cuándo debe considerarse que las circunstancias que presidieron su constitución han variado de tal manera que ya no puede «*actuar satisfactoriamente*» con arreglo a sus estatutos (art. 29.2 LF)? Vid. CAFFARENA LAPORTA, «La modificación de los Estatutos...», op. cit., pp. 427 y ss.

en el Registro de Fundaciones (arts. 29.5 y 30.3 párrafo primero LF) para ser oponibles frente a terceros de buena fe (art. 37.3 LF)¹¹³.

Pues bien, los arts. 27.4 y 28.2 ALF, para modificación y fusión, respectivamente, pretendían establecer un requisito de autorización previa del Protectorado para los casos en que la modificación estatutaria o la fusión de fundaciones afectara a los fines fundacionales o a la voluntad del fundador o fundadores. En principio, pudiera parecer que ello habría incrementado el control del Protectorado en este ámbito, puesto que las normas vigente se refieren, como hemos visto, a la necesidad de comunicar, si bien lo cierto es que más bien lo habría disminuido en la medida en que, por las razones explicadas, habría restringido su necesidad de aprobación a los supuestos concretos de afectación de los fines fundacionales o de la voluntad del fundador o fundadores.

Debiendo ser el Protectorado en estos casos especialmente cuidadoso, lo cierto es que, a nuestro juicio, su control previo, en forma de aprobación/autorización o no oposición, debería existir ante cualquier caso de modificación de estatutos o de fusión de fundaciones, abarcando tanto el actual control de legalidad como los casos específicos en que se afecte a la naturaleza de los fines fundacionales o, de cualquier otro modo, a la voluntad del fundador o fundadores¹¹⁴. La limitación de la intervención del Protectorado, línea maestra de la LF, se encuentra en este momento muy cuestionada ante los frecuentes casos de mala utilización del derecho de fundación que han desprestigiado la institución, por lo que también en este ámbito concreto hay que plantearse la conveniencia de que exista un control efectivo que evite que la modificación de estatutos o la fusión de fundaciones se produzcan sin un verdadero fundamento en el mejor funcionamiento de las mismas.

6. EL PROTECTORADO

6.1 Protectorado único: el Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre

¹¹³ En caso de fusión de fundaciones extinguiéndose las fundaciones afectadas para la creación de una nueva hay que tener en cuenta no obstante que la inscripción registral de esta última sí es constitutiva (art. 4.1 LF). *Vid.* CAFFARENA LAPORTA, «La fusión...», *op. cit.*, p. 450.

¹¹⁴ El art. 28.3 párrafo segundo ALF preveía la obligación del Registro de Fundaciones de comunicar la inscripción de la fusión, ya realizada, al Protectorado, careciendo de norma semejante para la modificación de estatutos y tratándose, en cualquier caso, de una comunicación *a posteriori*.

La revisión del control que se ejerce sobre las fundaciones a través del Protectorado encomendado a la Administración Pública ha planteado durante mucho tiempo como primera cuestión a tener en cuenta de cara a su reforma la de su organización administrativa como Protectorado único o múltiple¹¹⁵. Los inconvenientes de este último sistema han sido denunciados reiteradamente por la doctrina, pues la asunción de las funciones del Protectorado por el departamento ministerial o la consejería autonómica que corresponda en función de los fines de la fundación da lugar a que su ejercicio se disperse en varios órganos administrativos propiciando así la existencia de diversidad de criterios y, consecuentemente, de inseguridad jurídica.

Frente a ello, el sistema de Protectorado único, que supone configurarlo como órgano que ejerce sus funciones de forma unificada para todas las fundaciones pertenecientes a un mismo ámbito territorial, estatal o autonómico, ofrece mayor eficacia organizativa que redundante en mayor eficiencia, económica y humana, en el ejercicio de sus funciones, y, sobre todo, garantiza la aplicación de unos mismos criterios para dichas fundaciones que vienen requeridos por el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

El Protectorado único permite agilizar trámites administrativos y racionalizar este sector de la Administración Pública, siendo prácticamente la única ventaja atribuida al Protectorado múltiple la de un supuesto mejor conocimiento de la realidad de las fundaciones en función de sus fines institucionales, si bien con el también conocido peligro de que ello derive en una utilización de las mismas por los Ministerios o Consejerías afines para la realización de políticas sociales de su competencia¹¹⁶.

¹¹⁵ Sobre la legitimación de la Administración Pública para ejercer este control, que se fundamenta en su obligación de servir a los intereses generales (art. 103.1 CE), sin perjuicio de su control judicial último, *vid.* PIÑAR MAÑAS/REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, *op. cit.*, pp. 184 y ss: «los intereses generales condicionan y justifican la Administración Pública»; el art. 103.1 CE opera «como una habilitación general para la intervención de la Administración en los intereses generales» (*op. ult. cit.*, p. 185).

¹¹⁶ Sobre ambos sistemas, *vid.* TORRES GARCÍA, T. F., «El control de las fundaciones», *Tendencias legislativas y Tercer Sector*, Ponencias del Congreso Internacional, Santiago de Compostela, 2-4 de octubre de 2003, VV. AA., edición a cargo de M.ª PAZ GARCÍA RUBIO/BELÉN TRIGO GARCÍA, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, pp. 42 y ss.

Por las razones expuestas, la doctrina se ha pronunciado reiteradamente a favor del sistema de Protectorado único. *Vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J., «Prólogo» a la *Legislación sobre Fundaciones*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 55 y ss; GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, *op. cit.*, pp. 268 y ss; CABRA DE LUNA, M. A./LORENZO GARCÍA, R. DE, «El protectorado (artículos 34 y 35)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mece-nazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, p. 526; LLOVERAS FERRER, M. R., «El protectorado de fundaciones en el Código civil de Cataluña», *Indret*, 1/2010, www.indret.com, pp. 6 y 7; PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 27 y 28.

A mayores, hay que tener en cuenta el hecho de que la proliferación de fundaciones creadas por el sector público ha dado lugar a la posibilidad de que, de seguirse un sistema de Protectorado múltiple, su control se atribuya a quien es controlado, desembocando en una situación que ha sido calificada de «esquizofrénica» por la coincidencia que se puede llegar a producir en estos casos entre las personas encargadas del Protectorado y las pertenecientes al Patronato de la fundación. Ello ha llevado a ir más allá de la propuesta de Protectorado único planteando la necesidad de su configuración también como órgano autónomo e independiente con respecto a cualquier otro sector de la Administración Pública, al modo en que sucede con la Agencia Española de Protección de Datos¹¹⁷.

El sistema de Protectorado único, dominante en el ámbito autonómico¹¹⁸, no ha sido sin embargo seguido para las fundaciones de competencia estatal hasta la promulgación del Real Decreto 1066/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 257/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, que ha atribuido a este Ministerio (Secretaría General Técnica, Subdirección General de fundaciones) el Protectorado de dichas fundaciones de competencia estatal con la única excepción de las denominadas «fundaciones bancarias», que se someten a la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias [art. único, por el que se modifica el art. 12.1.r) del citado Real Decreto 257/2012]. En consonancia, se ha creado también un Registro único para las fundaciones de competencia estatal dependiente del Ministerio de Justicia (art. 36.1 y 2 LF), cuya implantación había sido también demandada¹¹⁹, y cuyas funciones se atribuyeron transitoriamente al mismo Ministerio de Educación, Cultura y Deporte¹²⁰.

¹¹⁷ Vid. PIÑAR MAÑAS, J. L., «Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 297 y 298. En el mismo sentido, LORENZO GARCÍA/PIÑAR MAÑAS/SANJURJO GONZÁLEZ, «Reflexiones en torno a las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 63 y 67; EMBID IRUJO, «Introducción general al curso, La fundación...», *op. cit.*, p. 62.

¹¹⁸ Salvo el caso de las CCAA de Madrid, Navarra, Murcia, Galicia y Asturias. Vid. PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 25 y ss.

¹¹⁹ Vid. LORENZO GARCÍA/PIÑAR MAÑAS/SANJURJO GONZÁLEZ, «Reflexiones en torno a las fundaciones...», *op. cit.*, p. 68.

¹²⁰ Vid. disposición transitoria primera del Real Decreto 1066/2015. Ambas modificaciones se corresponden con la medida n.º 1.02.003 recogida en la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), a la que se alude en los preliminares de dicho Real Decreto, de igual forma que se dice que ello «supondrá una utilización más eficiente de los recursos materiales y humanos frente a la dispersión actual existente».

La AEF valoró positivamente la reforma, si bien señaló como aspectos mejorables su atribución al Ministerio de Educación, pues consideró que debería atribuirse «a un ministerio con competencias transversales dada la diversidad de fines de interés general que persiguen las fundaciones», y, más particularmente, que se hiciera a una Subdirección General, «insuficiente en cuanto al nivel administrativo que debería tener un protectora-

Hasta este momento, el control sobre las fundaciones de competencia estatal se llevaba a cabo a través de un sistema de Protectorado múltiple, basado en el artículo 34.2 LF, que dice que se ejerce «por la Administración General del Estado», «en la forma que reglamentariamente se determine», y en el art. 40.1 RF, conforme al que se lleva a cabo «a través de los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecen descritos en los estatutos de la fundación», norma esta última que entendemos tácitamente derogada por el Real Decreto 1066/2015.

El mismo artículo 40.1, *in fine*, RF dejaba traslucir cierta voluntad de limitar la diversificación del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal al decir que la atribución del mismo a nuevos departamentos ministeriales «sólo podrá llevarse a cabo mediante acuerdo del Consejo de Ministros». No obstante, se trataba de una previsión totalmente insuficiente, tanto porque no daba solución a la multiplicidad de Protectorados existente para dichas fundaciones de competencia estatal como porque no evitaba la creación de otros nuevos; solo parecía señalar una tímida voluntad de poner freno a la situación.

Afortunadamente, la situación se ha solucionado con la entrada en vigor del Real Decreto 1066/2015¹²¹, si bien el establecimiento de un sistema de Protectorado único a través de norma reglamentaria debería mejorarse con una previsión en norma con rango de ley, al modo en que se propuso por la citada PRLF y por el ALF, sin perjuicio lógicamente de su desarrollo reglamentario.

En primer lugar, el artículo 34.2 PRLF, presentada por la Comisión General de Codificación el 3 de marzo de 2013, Sección especial para la revisión del sistema de Protectorado e inscripción de las fundaciones, pretendió implantar un sistema de Protectorado único para las fundaciones de competencia estatal diciendo que «será ejercido por un único órgano de la Administración General del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine». Esta PRLF presentó como aspecto clave de la reforma del Protectorado la

do». Por otro lado, consideró también criticable que se excepte del Protectorado único a las fundaciones bancarias, «pues la unidad de Protectorado en nada impide las diferencias de regulación material que vengan exigidas por el sector de actividad». Vid. nota de prensa de la AEF de 27 de noviembre de 2015, www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw565857302c38d/NdP-ProtectoradoyRegistroUnico.pdf. Sobre estas últimas, vid. RONCERO SÁNCHEZ, A., «El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de Cajas de ahorros y fundaciones bancarias», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*, pp. 57 y ss.

¹²¹ No obstante, para las fundaciones del sector público estatal, el art. 134 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), cuyos arts. 128 a 136 han pasado a contener el régimen de las fundaciones del sector público estatal, no resuelve la situación: «El Protectorado de las fundaciones del sector público será ejercido por el órgano de la Administración de adscripción que tenga atribuida tal competencia», adscripción que se realiza conforme al art. 129 LRJSP.

implantación de este sistema declarando en sus preliminares, I y III, que «el desarrollo actual de las fundaciones y las actividades que llevan a cabo no siempre se compaginan con la existencia de varios Protectorados y con las funciones de estos», por lo que «parece oportuno acometer una revisión del régimen actual del Protectorado, al menos en el ámbito de las fundaciones de competencia estatal, unificando orgánicamente el Protectorado en un solo órgano de la Administración General del Estado y revisando las funciones que hoy tiene atribuidas, al objeto de adaptarlas a la realidad actual de las fundaciones, y siempre teniendo en cuenta la labor que le corresponde en cuanto garante del cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines de interés general que las fundaciones deben perseguir»; además, dicha unificación perseguía «alcanzar un mayor grado de unidad en las decisiones» del Protectorado¹²².

En la misma línea, el artículo 32.2 ALF preveía un sistema de Protectorado único para las fundaciones de competencia estatal al proponer igualmente su ejercicio «por un único órgano de la Administración General del Estado, según se determine reglamentariamente», cuestión respecto de la que la AEF se mostró plenamente de acuerdo¹²³. Finalmente, y en consonancia, el artículo 34.1 párrafo primero ALF proponía también la creación de un Registro único de Fundaciones, dependiente del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, «en el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en el territorio del Estado español», cuya llevanza se encomendaba al Registro Mercantil (art. 34.1 párrafo segundo ALF), y con el que se pretendía terminar con las duplicidades administrativas derivadas de la existencia de múltiples Registros de Fundaciones y propiciar un ahorro de costes¹²⁴.

6.2 Facultades de actuación: hacia la implantación de un régimen sancionador

El control público que se ejerce sobre las fundaciones se justifica esencialmente por la necesidad de garantizar los fines de interés general que tienen encomendados (art. 34.1 CE), lo cual es, en

¹²² Cfr. pp. 9 y 10, 12. Vid. también pp. 27 y 28, con la propuesta de creación de un Registro único de fundaciones (art. 36 PRLF).

¹²³ A través de la citada nota de prensa de 29 de agosto de 2014: «Para la AEF de nada sirve una regulación intervencionista sin un protectorado moderno y adecuadamente dotado. En este sentido, desde hace 20 años, la Asociación viene pidiendo la puesta en marcha del protectorado y registro único de fundaciones de competencia estatal, ya previsto en la legislación de 1994, como la forma más eficaz de respetar la autonomía de funcionamiento y gestión de las fundaciones y la salvaguarda del fin de interés general al que sirven».

¹²⁴ Vid. Exposición de Motivos, III, ALF, p. 6.

definitiva, una garantía de cumplimiento de la voluntad del fundador; como se dijo en los preliminares, III, PRLF, «más que una simple función, tal responsabilidad constituye la razón de ser misma del Protectorado»¹²⁵. Efectivamente, el carácter de los fines para los que se constituyen, de interés general, les permite ser destinatarias de subvenciones públicas y gozar de un régimen fiscal especial, pero, como contrapartida, determina el sometimiento de su funcionamiento a una supervisión pública que se ejerce a través del Protectorado¹²⁶.

Pues bien, una de las cuestiones que consideramos que requiere de una intervención más urgente del legislador es la de la renovación de las facultades de actuación con que cuenta el Protectorado para cumplir sus funciones (art. 35.1 LF¹²⁷), concretamente, su función de control de la actividad de la fundación [art. 35.1.e) y f)], que constituye, sin perjuicio de otras de asesoramiento y apoyo, su función esencial en la medida en que justifica su existencia¹²⁸. En esta línea, el artículo 32.1 ALF pretendía modificar significativamente la definición legal del Protectorado (art. 34.1 LF) diciendo que tiene como fin «velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por el cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines de la fundación, teniendo en cuenta la consecución del interés general».

Estas facultades de actuación giran en torno a la posibilidad de iniciar acciones judiciales de diverso alcance: acción de responsabilidad frente a los patronos por la realización de actos contrarios a la ley, a los estatutos o sin la diligencia debida, que, como consecuencia, causen daños a la fundación (arts. 17.2 y 3 y 35.2 párrafo primero LF); solicitud de cese de los patronos que no desempeñen su cargo con la diligencia debida [arts. 18.2.d) y 35.2 párrafo primero LF]; acción de impugnación de los actos o acuerdos del Patronato que considere contrarios a la ley o a los estatutos fundacionales (art. 35.2 párrafo segundo LF); solicitud de intervención

¹²⁵ Preliminares, III, PRLF, p. 12.

¹²⁶ Con más detenimiento, en PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 3 y 4. Sobre el caso particular de las fundaciones sometidas al ámbito de aplicación del Derecho navarro, que presentan un régimen especial de actuación del Protectorado en la medida en que se permite que el fundador excluya su intervención cuando se trate de fundaciones creadas a iniciativa privada, si bien con la posibilidad de que el control público sobre estas fundaciones exentas de Protectorado se realice a través del Ministerio Fiscal (ley 46 párrafo último FNN), *vid. op. ult. cit.*, pp. 9 y ss.

¹²⁷ De aplicación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.4 LF).

¹²⁸ *Vid.* «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 5 y ss: «se apoya, se asesora y se dan a conocer las actividades realizadas, de igual forma que en otros ámbitos de la Administración Pública se subvenciona y ayuda económicamente, porque se trata de personas jurídicas dirigidas a la satisfacción de fines de interés general, fines cuya consecución hay que garantizar por encima de cualquier otra consideración» (*op. ult. cit.*, p. 7).

temporal de la fundación que presente graves irregularidades en su gestión económica que pongan en peligro su subsistencia o bien esté desviándose de forma también grave de sus fines fundacionales (art. 42 LF), y solicitud de disolución de la fundación cuando, concurriendo como causa de extinción la realización íntegra del fin fundacional, su imposibilidad de realización o cualquier otra prevista estatutariamente, no exista acuerdo del Patronato al respecto [art. 32.2 LF, en relación con el art. 31.b), c) y e) LF]¹²⁹.

La realidad ha puesto en evidencia que estas facultades de actuación atribuidas al Protectorado para el cumplimiento de su función de control no son suficientes ni eficaces para evitar que las fundaciones se desvíen de la satisfacción de los fines que tienen encomendados, tanto porque el ejercicio de acciones judiciales puede resultar desproporcionado cuando se trata de incumplimientos de poca entidad como por la reticencia que parece que demuestran los Protectorados con relación a su ejercicio, que también se presta a que se produzcan irregularidades en la gestión de las fundaciones.

Por ello, se está produciendo un replanteamiento de las facultades de actuación del Protectorado dirigido a la atribución de facultades de inspección y de sanción, menos costosas y más rápidas y resolutorias, cuya justificación deriva igualmente de la configuración de las fundaciones como personas jurídicas dirigidas a la satisfacción de fines de interés general (art. 34.1 CE) y de la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad, eficacia y conforme al principio de legalidad a tales intereses generales (art. 103.1 CE)¹³⁰.

La más importante manifestación de esta tendencia en nuestro ámbito jurídico, sin perjuicio de otras de menor alcance¹³¹, la representa la Ley del Parlamento catalán 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 la que se ha establecido un completo régimen de inspección (arts. 23 a 29) y de sanción (arts. 30 a 41) para las fundaciones de ámbito territorial catalán, yendo así más allá de lo previsto en el art. 336.2.d) CCCat, que se refiere solo a la «*potestad de inspección*» del Protectorado en la enumeración de funciones que se atribuyen al mismo¹³².

¹²⁹ Sobre el alcance de estas facultades de actuación en el ámbito autonómico, *vid.* PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 11 y ss.

¹³⁰ En este sentido, *vid.* MUÑOZ PUIGGRÓS, X., «Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador», *La Ley*, 2008, n.º 7003.

¹³¹ *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 13 y ss.

¹³² Esta potestad de inspección fue desarrollada provisionalmente, hasta la entrada en vigor de la Ley 21/2014, por la hoy derogada disposición transitoria 4.ª CCCat. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 17 y 18.

Efectivamente, conforme al Preámbulo, I, de la Ley 21/2014, «lo que justifica la intervención de la Administración de la Generalidad por medio del Protectorado y del órgano de supervisión de las asociaciones de utilidad pública es el hecho de que todas estas entidades persiguen finalidades de interés general, circunstancia que aporta un elemento sustancial y diferenciador respecto a otras entidades privadas con intereses particulares, que tienen ánimo de lucro y están sujetas a reglas de mercado. Y de aquí proviene la relevancia de la función de dichos órganos, que, como integrantes de la Administración, deben servir con objetividad a los intereses generales, de acuerdo con los principios de eficacia, legalidad y objetividad y con pleno sometimiento a la ley y al derecho reconocido por la Constitución».

De forma más concreta, se justifica la atribución al Protectorado catalán de potestad sancionadora «con la finalidad de que actúe como mecanismo disuasivo de las conductas contrarias a las obligaciones administrativas y como medida generadora de confianza para quienes contribuyen a la financiación de estas entidades», lo cual nos remite indirectamente al conocimiento público de gravísimas irregularidades de financiación cometidas por fundaciones especialmente relevantes en Cataluña. En definitiva, se dice, «se trata de un mecanismo ejecutivo que el ordenamiento pone en manos de las administraciones públicas para contribuir a que el proyecto fundacional o asociativo se desarrolle conforme al interés general y a la voluntad del fundador», y así, «se tipifican las conductas infractoras en que más a menudo se aprecia que incurren las entidades y respecto a las cuales la potestad sancionadora se convierte en un mecanismo efectivo para evitar el uso de mecanismos de intervención más agresivos», es decir, el ejercicio de acciones judiciales¹³³.

¹³³ La potestad inspectora parte de una enumeración de supuestos que facultan para su ejercicio con carácter meramente enunciativo, si bien se rige siempre por criterios objetivos y no de selección aleatoria (art. 23.2), como sucedió con la citada disposición transitoria 4.ª CCCat.

Por su parte, el régimen sancionador determina la responsabilidad de los miembros del Patronato y de las personas que ejerzan funciones de dirección, siempre que la misma sea individualizable (art. 31.1); en otro caso, responden «*todos los miembros del órgano correspondiente*» salvo los que se hubieran opuesto expresamente al acuerdo generador de la infracción (art. 31.2). Las infracciones se tipifican en muy graves, graves y leves (arts. 33 a 35) con la finalidad de asociarlas a multas de cuantía económica variable u otras sanciones (pérdida de la posibilidad de solicitar ayudas y subvenciones, amonestaciones...) en función de la gravedad de la infracción y de las circunstancias concurrentes, agravantes y atenuantes (arts. 36 y 37). Vid. TORNOS MÁS, J./MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.ª M., «Nuevos retos para las fundaciones en Catalunya: más control para una mayor transparencia y mejor Gobierno, Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno y Ley del Protectorado», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2014*, pp. 415 y ss.

Nos encontramos, en definitiva, ante un punto de inflexión en la manera de concebir el funcionamiento de las fundaciones que previsiblemente encontrará eco en las sucesivas modernizaciones que se produzcan de nuestro Derecho de Fundaciones, estatal y autonómico, como ya ha demostrado el régimen sancionador instaurado para las fundaciones de ámbito territorial vasco por los arts. 66 a 74 de la citada LFPV de 2016, que *«pretende llegar a ser un elemento de garantía del cumplimiento efectivo de la voluntad fundacional y del correcto funcionamiento de la fundación»*¹³⁴.

Para las fundaciones de competencia estatal objeto principal de estudio, los artículos 36 a 41 ALF preveían también, como hemos anunciado, un novedoso régimen sancionador, en consonancia con la potestad sancionadora que se quiso atribuir al Protectorado de las fundaciones de competencia estatal [art. 33.1.g) ALF], con la finalidad de garantizar *«el efectivo cumplimiento de la voluntad del fundador y de los fines fundacionales, así como el respeto de las normas de funcionamiento legalmente previstas»*¹³⁵.

Conforme a dicho régimen sancionador¹³⁶, se pretendía realizar una tipificación similar de conductas infractoras de los patronos de la fundación y del Secretario del Patronato, sujetos responsables cuando pudiera determinarse su responsabilidad individual (art. 37.1 párrafo primero ALF)¹³⁷, diferenciando entre infracciones leves, graves y muy graves (art. 38 ALF) que se asociaban a sanciones de carácter económico (multas de cuantía entre 1.000 y 30.000 euros) o de otro tipo (amonestación, destitución e inhabilitación del cargo de patrono o de otro órgano de gobierno de la fundación) para cuya graduación se preveía la necesidad de tener en cuenta circunstancias concurrentes como, aparte de la naturaleza y entidad de la infracción, el perjuicio causado a la fundación, la reincidencia en las conductas infractoras, las ganancias obtenidas como consecuencia de las mismas, la subsanación por iniciativa propia y la reparación de los daños causados (art. 39 ALF).

Finalmente, hemos de hacer referencia al art. 53 EFE, que establecía la obligación de los Estados miembros de crear un régimen sancionador por la infracción de lo previsto en dicho EFE para la malo-

¹³⁴ Vid. Exposición de Motivos, I y V.

¹³⁵ Cfr. Exposición de Motivos, III, ALF, p. 6.

¹³⁶ La atribución de potestad sancionadora al Protectorado [art. 33.1.g) ALF] se propuso con relación a las fundaciones de competencia estatal (disposición final primera.5 ALF). Sin embargo, se atribuía carácter de legislación civil al régimen sancionador (arts. 36 a 41 ALF) (disposición final primera.3 ALF).

¹³⁷ Al igual que para evitar responder por daños causados a la fundación (arts. 17.2 LF y 17.2 ALF), la exención de responsabilidad requería oposición expresa al acuerdo generador de la infracción o desconocimiento excusable del mismo (art. 37.1 párrafo segundo ALF), previéndose también su carácter solidario en caso de que dicha responsabilidad por el acuerdo causante de la infracción fuera imputable a varias personas (art. 37.2 ALF).

grada Fundación Europea: así, se decía que habrían de tomar «todas las medidas para asegurar su aplicación» y que las sanciones habrían de ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias». Pese al aludido abandono del EFE en 2014 ante la dificultad de conseguir su aprobación por unanimidad de todos los Estados miembros de la UE, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que muchas de sus normas estaban redactadas con el firme propósito de intentar garantizar un correcto funcionamiento de lo que se denominó Fundación Europea, entre ellas, las relativas al control de su actividad por parte de los Estados miembros, de forma que con ello se evitara la comisión de irregularidades que dieran lugar al descrédito de la figura¹³⁸.

En definitiva, nos encontramos ante una clara tendencia hacia el resurgimiento de la intervención administrativa en la actividad de las fundaciones cuyo detonante ha sido el mal funcionamiento de algunas de ellas, que han sido instrumentalizadas para la consecución de fines ajenos a aquéllos para los que fueron creadas llegando en muchos casos a la comisión de conductas delictivas¹³⁹.

Debemos reiterar, por tanto, la valoración positiva que ello nos merece, pues la constante desvirtuación de la voluntad del fundador y la mala utilización del dinero público en que han derivado muchas fundaciones requieren de una actuación urgente del legislador con la finalidad de establecer mecanismos que eviten esta situación y el consecuente desprestigio de la fundación como persona jurídica sin ánimo de lucro.

En este sentido, no cabe duda de que las facultades de inspección y de sanción se pueden ejercitar por el Protectorado de forma menos costosa y más rápida que las acciones judiciales que actualmente conforman sus posibilidades de actuación, que además pueden resultar desproporcionadas ante incumplimientos de poca entidad. Dichas facultades de inspección y de sanción están directamente relacionadas con el ámbito de actuación propio de la Administración Pública en la que se incardina el Protectorado de las fundaciones, complementarían la posibilidad de ejercicio de acciones judiciales y funcionarían con carácter preventivo/disuasorio además de corrector. Por otro lado, su justificación no puede ponerse en cuestión siempre que se caractericen por un principio de proporcionalidad con relación al objetivo que se pretende cumplir, garantizar que las fundaciones se destinan efectivamente a la satis-

¹³⁸ Vid. PÉREZ ESCOLAR, «El Estatuto de la Fundación Europea...», *op. cit.*, p. 406.

¹³⁹ Vid., por ejemplo, entre la jurisprudencia más reciente, STS de 11 de abril de 2013, Sala de lo Penal (RJ 2013/5933); STS de 11 de noviembre de 2014, Sala de lo Penal (RJ 2014/5903); STS de 13 de julio de 2015, Sala de lo Penal (RJ 2015/3592) y STS de 10 de febrero de 2016, Sala de lo Penal (RJ 2016/503), todas ellas con condenas por delitos de apropiación indebida realizados por el presidente de la fundación.

facción de fines de interés general (art. 34.1 CE), interés general al que debe servir la misma Administración Pública (art. 103.1 CE)¹⁴⁰.

Como hemos adelantado, la AEF se opuso frontalmente al ALF en la citada nota de prensa alegando como razón más importante lo que calificó de «modelo intervencionista» y «control excesivo» en la vida de las fundaciones, que representaba por ello a su juicio «un paso atrás» y ponía de manifiesto «una enorme desconfianza hacia el sector». Por los motivos explicados, no compartimos estas afirmaciones. El Derecho de Fundaciones se caracteriza por la necesidad de coordinar la autonomía privada con normas imperativas que garanticen precisamente el cumplimiento de esa autonomía privada, lo cual puede ser generador de tensiones que deben resolverse siempre de la manera que mejor se garantice la consecución de los fines fundacionales y, en definitiva, la voluntad del fundador¹⁴¹.

Por ello, no puede considerarse una intromisión administrativa injustificada ninguna actuación del Protectorado que esté dirigida a esa salvaguarda a través de mecanismos proporcionales, mecanismos que, a mayores, y por lo que se refiere a las facultades de inspección y sanción en cuestión, deberían asumirse por todos los legisladores, estatal y autonómicos, a fin de evitar la «fuga» de fundaciones hacia ámbitos territoriales cuyo Protectorado carezca de estas facultades de actuación.

III. CONCLUSIÓN FINAL: ¿ES NECESARIA UNA NUEVA LEY DE FUNDACIONES?

El planteamiento de la necesidad de una nueva Ley de Fundaciones que sustituya, y no simplemente reforme, la vigente LF, constituye una opción de política legislativa que debe fundamentarse en razones de peso. Se trataría de la tercera Ley de Fundaciones del periodo constitucional, destinada a recoger todos los aspectos del Derecho de Fundaciones que pertenecen a la competencia exclusiva del Estado [condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1.^a CE), legislación procesal (art. 149.1.6.^a CE) y legislación civil (art. 149.1.8.^a CE)] así como el régimen aplicable a las fundaciones de competencia estatal y a las fundaciones de competencia autonómica pertenecientes a Comuni-

¹⁴⁰ Vid. PÉREZ ESCOLAR, «El Protectorado de las fundaciones...», *op. cit.*, pp. 21 y ss. En el mismo sentido, LLOVERAS FERRER, «El protectorado de fundaciones...», *op. cit.*, p. 41.

¹⁴¹ Vid. Díez-PICAZO, L., «Prólogo» al *Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO, R. DE/PiÑAR, J. L./SANJURJO, T. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 48 y 49.

dades Autónomas (en adelante, CCAA) sin Derecho civil propio (art. 149.1.8.^a CE).

Quedarían al margen, por tanto, todos los regímenes especiales sobre fundaciones, incluido el de las fundaciones creadas por el sector público estatal, que ya ha pasado de los derogados arts. 44 a 46 LF a los artículos 128 a 136 de la citada LRJSP de 1 de octubre de 2015, al modo en que también lo propuso el ALF (disposición adicional undécima y disposición derogatoria única)¹⁴².

Pues bien, habiendo examinado las cuestiones reguladas por la LF cuya reforma consideramos más urgente, la conclusión a la que llegamos es que ello requiere de la promulgación de una nueva ley de fundaciones, al modo de la LFPV de 2016, pues son tantas y pertenecientes a tantos ámbitos que una simple reforma de la vigente LF sería muy complicada a efectos sistemáticos, sobre todo en lo relativo a la reordenación del articulado.

Las modificaciones legislativas parciales están destinadas a realizarse sobre ámbitos muy concretos, como sucedió con la PRLF de la Comisión General de Codificación de 3 de marzo de 2013, que se centraba en el Protectorado y el Registro de Fundaciones extendiendo su influencia solo a cuestiones muy específicas pertenecientes a otros ámbitos. Frente a ello, la elaboración de una ley nueva ofrece al legislador la posibilidad de establecer un régimen mejor coordinado y elaborado desde el punto de vista sistemático cuando las modificaciones a introducir son muchas, importantes y de calado. En este sentido, consideramos que el ALF de 29 de agosto de 2014 representa la opción correcta de política legislativa para los objetivos de reforma que hemos ido proponiendo a lo largo de este trabajo.

Tales objetivos recaen sobre cuestiones de contenido tan relevantes como, según hemos ido viendo, la adecuación y suficiencia de la dotación, el procedimiento de constitución de la fundación, los órganos de gobierno y su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, la flexibilización del régimen de disposición sobre el

¹⁴² Con relación a la necesidad de evitar la utilización de estas fundaciones del sector público como administraciones paralelas, a través de las que se ejercen, sin deberse hacerlo, potestades públicas, eludiéndose así la aplicación del Derecho administrativo, el art. 128.2 párrafo segundo LRJSP dice expresamente que «únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. Las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas». Entre la jurisprudencia más reciente, pero anterior a la LRJSP, *vid.* STS de 1 de julio de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo (RJ 2015/3895): la legislación administrativa prohíbe realizar «encomiendas de gestión» a personas jurídicas de Derecho privado como las fundaciones, aunque lo sean del sector público, «encomiendas» que en definitiva suponen transferencias competenciales (Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto).

patrimonio fundacional, la aplicación de principios de transparencia, la renovación de las posibilidades de actuación económica y de las normas contables, la contratación con personas o entidades vinculadas a la fundación y, particularmente, la atribución al Protectorado de facultades de inspección y de sanción que deriven en un mejor funcionamiento de las fundaciones.

El ALF representaba sin duda un avance muy positivo con relación a la mayoría de las cuestiones analizadas. Sin perjuicio de que tuviera aspectos mejorables, asumía con valentía las necesidades más acuciantes de las fundaciones de cara a su desarrollo como instituciones cuya razón de ser es el servicio social (art. 34.1 CE), posibilitando de este modo contrarrestar la corriente de opinión que en la actualidad las considera personas jurídicas que se instrumentalizan, cuando no saquean, al servicio de fines privados, después de haber recibido grandes subvenciones públicas de cuya utilización no se rinde cuentas. ¿Se puede considerar en esta situación que se trataba de una propuesta legislativa intervencionista? ¿No debería de haber sido el propio sector fundacional el que reaccionara aplicando medidas de transparencia y buen gobierno de forma generalizada y pidiendo soluciones legislativas que eviten la utilización ilegítima de la institución?

Por todo ello, debemos concluir reafirmando la necesidad de una renovación profunda de nuestro Derecho de Fundaciones, que derive, entre otras cosas, en una asunción responsable del cargo de patrono y en la configuración definitiva de un Protectorado eficiente al servicio del cumplimiento de los fines de interés general encomendados a las fundaciones, que cuente para este fin con facultades de actuación adecuadas y suficientes.

IV. ABREVIATURAS

AEF	Asociación Española de Fundaciones.
ALF	Anteproyecto de Ley de Fundaciones de 29 de agosto de 2014.
CC	Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CCCat	Código Civil de Cataluña.
CE	Constitución Española.
EFE	Propuesta de Reglamento de la Unión Europea de 8 de febrero de 2012, dirigida a la aprobación de un Estatuto de la Fundación Europea.
LA	Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
LFPV	Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco.

- LRF Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.
- LRJSP Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- PRLF Propuesta de Reforma de la Comisión General de Codificación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, de 3 de marzo de 2013.
- RF Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.
- RJ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
- RRF Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal.
- STS Sentencia del Tribunal Supremo.
- TRLSC Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CABRA DE LUNA, M. A./LORENZO GARCÍA, R. DE: «El protectorado (Artículos 34 y 35)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 491 y ss.
- CAFFARENA LAPORTA, J.: «La constitución de las fundaciones (Artículos 4, 8, 9, 10, 11 y 13)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 65 y ss.
- «La dotación (Artículo 12)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 199 y ss.
- «La modificación de los Estatutos de la fundación (Artículo 29)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 413 y ss.
- «La fusión de las fundaciones (Artículo 30)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 437 y ss.
- «Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, pp. 29 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Prólogo» al *Tratado de Fundaciones*, VV. AA., Lorenzo, R. de/Piñar, J. L./Sanjurjo, T. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 43 y ss.
- DURÁN RIVACOBA, R.: «La voluntad del fundador», *Fundaciones, Problemas actuales y reforma legal*, VV. AA., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 249 y ss.
- EMBED IRUJO, J. M.: «Gobierno de la fundación (Artículos 14 a 18)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 227 y ss.

- «Funcionamiento y actividad de la fundación (Artículos 23 a 27)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 357 y ss.
- EMBED IRUJO, J. M.: «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros en España», *Perspectivas del Sistema Financiero*, 2007, n.º 91, Fundaciones, pp. 29 y ss.
- «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009*, pp. 131 y ss.
- «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 15 y ss.
- «Introducción general al curso, La fundación como modelo para la colaboración público-privada», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, VV. AA., EMBED IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 27 y ss.
- EMPARANZA SOBEJANO, A.: «El gobierno de las entidades público-privadas: las reglas de buen gobierno como mecanismo de transparencia y control», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, VV. AA., EMBED IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 163 y ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, B.: «Los Códigos de buen gobierno corporativo en las fundaciones», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, VV. AA., EMBED IRUJO, J. M./EMPARANZA SOBEJANO, A. (directores), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 185 y ss.
- GONZÁLEZ CUETO, T.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones, Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- HORNERO MÉNDEZ, C.: «La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa en las fundaciones (a propósito de una fundación sospechosa)», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*, pp. 279 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVERRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil*, I, volumen segundo, Dykinson, Madrid, 2010.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E.: «Financiación y gestión de la actividad económica y empresarial de las fundaciones: afinidades y singularidades respecto a las sociedades de capital», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2014, n.º 35, pp. 49 y ss.
- LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./SANJURJO GONZÁLEZ, T.: «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, pp. 61 y ss.
- LLOVERAS FERRER, M. R.: «El protectorado de fundaciones en el Código Civil de Cataluña», *Indret*, 1/2010, www.indret.com, pp. 1 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Prólogo» a la *Legislación sobre Fundaciones*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 23 y ss.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, A.: «Transparencia en la gestión de las fundaciones; propuestas en torno a los códigos de buen gobierno corporativo en materia de retribución y compensación de gastos», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2015, n.º 38, pp. 217 y ss.
- MATO PACÍN, M.ª N.: «La autocontratación en el ámbito de las fundaciones, Supuestos y sistema de control», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, pp. 153 y ss.

- MORILLO GONZÁLEZ, F.: *El proceso de creación de una fundación*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- MUÑOZ PUIGGRÓS, X.: «Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador», *La Ley*, 2008, n.º 7003.
- NIETO ALONSO, A.: «Aspectos sustantivos relevantes y controvertidos de las fundaciones», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 151 y ss.
- PAU PEDRÓN, A.: «El Registro de Fundaciones (artículos 36 y 37 y disp. transit. 4.ª)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 555 y ss.
- PEÑALOSA ESTEBAN, I./SANJURJO GONZÁLEZ, T.: «Órgano de gobierno y relación con los poderes públicos», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 189 y ss.
- PERDICES HUETOS, A. B.: «Hacia unas reglas de gobierno corporativo del sector no lucrativo», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2008-I, n.º 17, pp. 141 y ss.
- PÉREZ ESCOLAR, M.: *La actividad económica de las fundaciones, Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008.
- «La responsabilidad de los patronos frente a la fundación», *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, VV. AA., GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coordinador), Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 1775 y ss.
- «El Protectorado de las fundaciones, Hacia una renovación de sus facultades de actuación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, marzo 2012, n.º 2140, www.mjusticia.es/bmj, pp. 1 y ss.
- «El Estatuto de la Fundación Europea, Propuesta de Reglamento de la UE de 8 de febrero de 2012», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Manuel García Amigo*, VV. AA., CUADRADO IGLESIAS, M./NÚÑEZ BOLUDA, M.ª D. (directores), Tomo I, La Ley, Madrid, 2015, pp. 375 y ss.
- PÉREZ ESCOLAR, M./CABRA DE LUNA, M. A./LORENZO GARCÍA, R. DE: «Patrimonio, régimen económico y funcionamiento», *Nuevo Tratado de Fundaciones*, VV. AA., LORENZO GARCÍA, R. DE/PIÑAR MAÑAS, J. L./PEÑALOSA ESTEBAN, I. (directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 249 y ss.
- PÉREZ ESCOLAR, M./VALERO MATAS, J. A.: *Entes no lucrativos, Fundamentos sociológicos y jurídicos*, Tecnos, Madrid, 2013.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: «Entidades privadas e interés general: el papel de las fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 281 y ss.
- PIÑAR MAÑAS, J. L./REAL PÉREZ, A.: *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- REY GARCÍA, M./ÁLVAREZ GONZÁLEZ, L. I./ INSTITUTO DE ANÁLISIS ESTRATÉGICO DE FUNDACIONES (INAEF): *El sector fundacional español, Datos básicos*, estudio publicado por la AEF, 2011, http://www.fundaciones.org/EPOR-TAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw4e1d396869ffb/Elsectorfundacionalespaol-Datosbsicos.pdf.
- RONCERO SÁNCHEZ, A.: «El régimen previsto para las fundaciones bancarias en la Ley de Cajas de ahorros y fundaciones bancarias», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*, pp. 57 y ss.

- RÚA ALONSO DE CORRALES, E.: «Las cuentas anuales y otros documentos obligatorios de información de las fundaciones», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2010*, pp. 221 y ss.
- RUIZ JIMÉNEZ, J.: «No es posible equiparar la responsabilidad de los patronos de las fundaciones con los administradores de sociedades mercantiles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 2009, n.º 712, pp. 952 y ss.
- SALELLES CLIMENT, J. R./VERDERA SERVER, R.: *El Patronato de la Fundación*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- SANTOS MORÓN, M.^a J.: «El patrimonio de la fundación, Régimen de gestión patrimonial (artículos 19 a 22, y 28)», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, VV. AA., MUÑOZ MACHADO, S./CRUZ AMORÓS, M./LORENZO GARCÍA, R. DE (directores), Fundación Once-Iustel, Madrid, 2005, pp. 277 y ss.
- TORNOS MÁS, J./MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a M.: «Nuevos retos para las fundaciones en Catalunya: más control para una mayor transparencia y mejor Gobierno, Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno y Ley del Protectorado», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2014*, pp. 383 y ss.
- TORRES GARCÍA, T. F.: «Constitución testamentaria de fundaciones en la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, febrero 2004, pp. 75 y ss.
- «El control de las fundaciones», *Tendencias legislativas y Tercer Sector*, Ponencias del Congreso Internacional, Santiago de Compostela, 2-4 de octubre de 2003, VV. AA., edición a cargo de M.^a Paz García Rubio/Belén Trigo García, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, pp. 35 y ss.