

El Protectorado de Fundaciones

José Canal Muñoz

Secretario General Técnico
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

Mercedes Muñoz Sánchez-Capuchino

Subdirectora General del Protectorado de fundaciones
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

SUMARIO: I. RAZÓN DE SER DEL PROTECTORADO.—II. EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN DEL PROTECTORADO.—III. ANÁLISIS COMPARADO CON OTROS PAÍSES: 1. *Análisis de los ordenamientos jurídicos de diferentes países en materia de fundaciones.* 2. *Análisis de los modelos de fundaciones predominantes en los diferentes países.*—IV. EL PROTECTORADO EN LAS DIFERENTES COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. *Modelo de organización del Protectorado.* 2. *Relación entre el Protectorado y Registro autonómicos.* 3. *Funciones encomendadas al Protectorado autonómico.*—V. EL PROTECTORADO ÚNICO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.—VI. FUNCIONES DEL PROTECTORADO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL: 1. *Nacimiento de la fundación.* 2. *Vida de la fundación.* 3. *Finalización de la fundación.* 4. *Ejercicio de acciones judiciales.*—VII. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

I. Razón de ser del protectorado

La primera cuestión que se plantea cuando se aborda el estudio de las fundaciones como entidades privadas constituidas por voluntad de personas físicas o jurídicas privadas, es el porqué de la intervención de la Administración Pública, esto es, por qué es necesario que exista un control público sobre entidades que son propias del ámbito civil.

La respuesta debemos buscarla en los dos tipos de elementos que se mezclan en toda fundación: por un lado elementos propios de la esfera particular y privada del fundador en cuanto adopta la decisión de instituir una fundación y realiza las actuaciones pertinentes para que dicha decisión llegue a buen fin; de otro el interés general que persigue la creación de la fundación.

Ambos elementos requieren la intervención de una autoridad administrativa que por un lado garantice que se va a respetar la voluntad del fundador dado que una vez creada la persona jurídica se produce una auténtica desvinculación entre el fundador y la propia fundación pasando su control al patronato; y por otro lado vele por la realización del interés general que persigue la fundación y beneficia a la comunidad.

Por ello podríamos decir que la Administración a través del Protectorado realiza un control administrativo sobre entidades privadas de interés público.

Sin embargo, el concepto de interés general es un concepto jurídico indeterminado, dado que «no tiene un límite preciso, no traza sobre la realidad a que se refiere una línea clara»¹. La determinación del interés general se realiza por la acción de los poderes públicos a través de las normas y la aplicación e interpretación de las mismas.

En este sentido es preciso tener en cuenta que el interés general actúa no sólo como límite de los derechos o intereses legítimos de los particulares sino también como límite para la acción administrativa.

Podríamos identificar tres características del interés general: ha de ser relevante socialmente, los beneficiarios de las fundaciones deben ser colectividades genéricas de personas y la inexistencia de ánimo de lucro en las fundaciones².

De acuerdo con lo expuesto, la protección del interés general que persigue la fundación y la preservación de la voluntad del fundador dota de justificación la intervención del Protectorado. El interés general y la voluntad del fundador es la razón última de la existencia de un poder público que actúe sobre las fundaciones. Esta necesidad de procurar que el interés general promovido así como la voluntad del fundador se cumpla es el fin último del Protectorado.

«Lo cierto es que puede afirmarse que en el núcleo esencial del derecho de Fundación constitucionalmente garantizado cabe identificar la acción pública del Protectorado como un elemento no extraño al sistema»³.

Así se recoge en la exposición de motivos de la Ley catalana 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública: «Lo 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

¹ F. SAINZ MORENO, «Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad», Civitas Madrid, 1976, citado por Miguel Ángel Cabra de Luna, «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias». *Revista Española de Control Externo*.

² Miguel Ángel CABRA DE LUNA, «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias». *Revista Española de Control Externo*.

³ A. RUIZ OJEDA, «El protectorado de Fundaciones: situación actual y propuestas de reforma». *Manual de Fundaciones*. Civitas.

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».

En este sentido la intervención de la Administración en la actividad fundacional «no solo se justifica en el control de la correcta aplicación de los beneficios fiscales, sino principalmente en la necesidad de garantizar que dichas entidades persigan fines de interés general. Ello habida cuenta que en la figura fundacional no existen mecanismos internos en virtud del juego de las mayorías —como ocurre en las asociaciones— que permitan el cese de los miembros del órgano de gobierno o pedir cuentas a sus gestores. De ahí la relevancia de la función del Protectorado, toda vez que como integrante de la Administración pública ha de servir con objetividad a los intereses generales, de acuerdo con los principios de eficacia, legalidad y objetividad, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»⁴.

En esta reflexión sobre la razón de ser del Protectorado, cabe recordar también la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 49/1988, de 22 de marzo, en la que se señala que «la fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman».

Una vez justificada la necesidad de que exista un Protectorado, podremos discutir sobre el grado de intensidad de esta intervención y el tipo de regulación que se precisa para que se mantenga el necesario equilibrio entre la libertad de actuación de las fundaciones, la iniciativa privada y el control que se ha de ejercer sobre su actuación al ser receptoras de importantes beneficios

⁴ Xabier MUÑOZ PUIG GROS, «Potestades administrativas del protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador». *Diario la Ley* n.º 7003, septiembre 2008. La Ley.

fiscales, subvenciones y un prestigio social que hace que los ciudadanos depositen su confianza en ellas.

Esa libertad de actuación de las fundaciones «requiere un mayor margen de responsabilidad, lo que a su vez exige articular medios de control que garanticen el cumplimiento de los fines generales de acuerdo a la voluntad del fundador»⁵.

Por ello en cada época se han dotado de funciones diversas al Protectorado, desde la existencia de un poder público intervencionista y poco confiado de la labor que realizaban las fundaciones hasta corrientes que reducen al mínimo la intervención administrativa⁶.

II. Evolución de la función del protectorado

La institución del Protectorado nació de la necesidad de tutelar el interés general. Así en el caso de las fundaciones benéficas la necesidad de otorgar facultades al Estado surgió para salvar los establecimientos de beneficencia de las consecuencias de las leyes desvinculadoras y los graves problemas que generó para el país la aplicación de la misma. La Ley de beneficencia publicada el 20 de junio de 1849 reguló la acción del Estado en esta materia y de ella arranca y en ella se apoyan las sucesivas instrucciones que regulaban el Protectorado del Estado sobre los establecimientos de beneficencia.

La labor del Protectorado «comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas», según rezaba el artículo 1 de la Instrucción aprobada por RD de 14 de marzo de 1899. En esta norma, el Protectorado se define como una garantía del cumplimiento de la voluntad de los fundadores⁷.

Desde entonces el Protectorado ha venido asumiendo una función no sólo de velar por la voluntad de los fundadores sino también de control de la entidad a fin de garantizar el cumplimiento del fin de interés general para el que nació.

⁵ José Luis PIÑAR MAÑAS citado por R. DE LORENZO GARCÍA, «Las fundaciones desarrollo reglamentario de la Ley». Dykinson.

⁶ Elixabete ETXANOBE, Discurso en Cursos de verano de la EHU-UPV, 11/07/2013

⁷ Maluquer DE MONTES, «La Fundación como persona jurídica en la Codificación Civil: De vinculación a persona (Estudio de un proceso)», citado por Alicia Lorenzo Cruz, «Algunas consideraciones jurídicas del Régimen de la Fundación». Anuario de la Facultad de Derecho, 1990.

Efectivamente, el Protectorado se configuraba como protector de la voluntad del fundador «de la cual se erige en representante *ministerium legis*, pretendiendo evitar la defraudación de la prohibición general de la constitución de nuevas fundaciones»⁸.

Sin embargo en la actualidad, las funciones del Protectorado «se plantean de una manera más amplia y más generosa. No solamente se trata de controlar o inspeccionar, sino que se trata también de ayudar, informar, arropar a las fundaciones y promover, por vía de fomento el desarrollo de sus actividades»⁹.

Pues, si bien era necesaria una especial atención que asegurara el cumplimiento de los fines de interés general para los que han sido creadas las fundaciones, también era necesario dotar al Protectorado de una función más positiva, de asesoramiento, apoyo, cooperación, ayuda...

Tras la aprobación de la Constitución Española, en cuyo artículo 34 reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, ese rol del Protectorado como órgano meramente fiscalizador sobre la actuación de las fundaciones se ha visto modificado asumiendo un papel, «más centrado en el asesoramiento (función facilitadora) e impulso (función promotora o de publicidad y fomento) de las fundaciones que en el desarrollo de actividades de fiscalización y control». Si bien la función de control «no es inconstitucional, sino al contrario, una práctica generalizada y admitida por todos los ordenamientos, incluido el estadounidense, sobre todo respecto del cumplimiento de la legalidad vigente, particularmente en materia de fiscalidad y los posibles beneficios derivados de un tratamiento de estímulo y apoyo»¹⁰.

En relación a estas facultades de control, Garrido Falla¹¹ en un análisis sobre la naturaleza jurídica del Protectorado advirtió las diferencias entre las facultades de policía ordinaria y las del Protectorado, considerando las funciones de éste como más cercanas a la de vigilancia y sus conclusiones al respecto llegaron a recogerse en parte en la reforma de la Ley 30/1994.

⁸ Miguel Ángel CABRA DE LUNA, «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias». *Revista Española de Control Externo*.

⁹ DEL CAMPO ARBULO, «Perspectivas de las fundaciones, Las Fundaciones y los Protectorados». Centro de Fundaciones, citado por Alicia Lorenzo Cruz, «Algunas consideraciones jurídicas del Régimen de la Fundación». Anuario de la Facultad de Derecho, 1990

¹⁰ Miguel Ángel CABRA DE LUNA, «La regulación y funcionamiento de las fundaciones. Las fundaciones de titularidad pública. Especial referencia a las fundaciones públicas sanitarias». *Revista Española de Control Externo*.

¹¹ GARRIDO FALLA, «La acción administrativa sobre la Beneficencia privada y en especial sobre las fundaciones de este carácter». Centenario Ley del Notariado, IV.

En este nuevo rol asignado al Protectorado, dicha ley —la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General— atribuía al Protectorado funciones no solo de control sino también de apoyo, impulso y asesoramiento, modernizando su perfil alejándolo de la noción de vigilancia y policía para configurarlo como facilitador y asesor de las fundaciones. Sin embargo en su desarrollo reglamentario se optó por un sistema rígido de control.

El camino abierto por la Ley 30/1994 ha sido continuado por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones en cuya exposición de motivos se indica que «se reformulan las funciones del Protectorado, potenciando las del apoyo, asesoramiento a las fundaciones sobre las que ejerce su competencia, especialmente a las que se encuentran en proceso de constitución».

La Ley 50/2002, dio respuesta a las demandas de las propias fundaciones, «en un sentido general de superar ciertas rigideces de la anterior regulación, que, sin significar claras ventajas para el interés público, dificultaban el adecuado desenvolvimiento de la actividad fundacional».

Esta nueva regulación del derecho de fundación pretendía tres objetivos: en primer término, reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones; en segundo lugar flexibilizar y simplificar los procedimientos, especialmente los de carácter económico y financiero; y por último, dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general¹².

En conclusión la ley actualmente vigente —la Ley 50/2002— ha permitido potenciar las funciones de asesoramiento y apoyo del protectorado, sin perjuicio de la facultad de control para garantizar el adecuado ejercicio del derecho constitucional a fundar.

Una vez analizada la evolución experimentada en las funciones otorgadas al Protectorado, interesa detenernos en exponer brevemente cómo se configura éste en otros países de nuestro entorno.

¹² Exposición de motivos de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones de competencia estatal.

III. Análisis comparado con otros países

1. Análisis de los ordenamientos jurídicos de diferentes países en materia de fundaciones

En un estudio comparado de los diferentes ordenamientos jurídicos nos encontramos con diferentes modelos jurídicos. Así, se observa que en los países con una tradición política social de corte liberal (Reino Unido, Suecia, Noruega, Holanda, Suiza, EEUU...) existe cierta libertad de creación de fundaciones mientras que en aquellos otros con una clara tradición intervencionista (como Alemania, Francia, Italia,,) la creación de una fundación no es libre, siendo necesario un acuerdo de la autoridad pública competente en esta materia¹³.

Estados Unidos: existe una enorme diversidad de clases de *nonprofit organizations* (entidades que no pueden distribuir el beneficio) y *charities* (que persiguen fines de interés general) procedente del modelo anglosajón. Suele distinguirse entre fundaciones privadas (generalmente financiados por un individuo, familia o corporación, por ejemplo la Fundación Rockefeller) y fundaciones de la comunidad o públicas, organizaciones sin fines de lucro que recaudan dinero del público en general, con un propósito de beneficencia pública (por ejemplo la Fundación Wikimedia). Las fundaciones privadas tienen más restricciones y menos beneficios fiscales que las de la beneficencia pública, las que, al mismo tiempo que están exentas de impuestos, otorgan a los donantes más control sobre el uso de sus donaciones.

En general se trata de modelos abiertos y flexibles de creación y gobierno fundacional. No obstante existe también un sistema de supervisión pública de cierta intensidad que controla el funcionamiento de estas entidades: el control de las fundaciones es ejercido en la mayoría de los Estados por el Fiscal General (que puede revisar sus cuentas, ejercer acciones ante los Tribunales...) sin olvidar el IRS, organismo similar a la AEAT española que tiene un importante papel en materia de inspección fiscal, realizando entre otras funciones, auditorías anuales.

De cualquier modo, las fundaciones en Estados Unidos presentan un notable tamaño y alcance en su actuación debido a la capacidad de la economía americana de generar riqueza, el sistema fiscal que favorece el empleo de la riqueza personal para fines caritativos y una cultura que hace énfasis en el

¹³ BADENES GASSET, citado por Miguel Ángel Cabra de Luna y Rafael de Lorenzo García, «El Protectorado». Comentarios a las leyes de fundaciones y de mecenazgo. Fundación ONCE, Iustel

logro y realización personal, pero que al mismo tiempo anima a utilizar la riqueza en beneficio de la sociedad más que para construir fortunas familiares¹⁴.

Reino Unido: el modelo anglosajón se centra en las *charity* o *charitable* del que se desarrolló el modelo americano, en las que pueden tener forma de asociación, corporación,... Se somete en su funcionamiento a una intervención pública intensa a través de la «Charity Commission».

La *Charity Commission* decide la admisión de los estatutos de la *charity* en función de los objetivos declarados por la entidad, poderes, medios y actividades. Recibido el informe favorable de la misma y de la Administración tributaria puede inscribirse en el Registro Central de las *Charities*, que no tiene carácter constitutivo sino declarativo a efectos de publicidad, si bien con dicha inscripción se obtienen los privilegios jurídicos y fiscales.

La *Charity Commission* es una institución singular regulada por la *Charities Act*, está compuesta por cinco miembros designados por el Ministerio del Interior pero ni éste ni el Parlamento puede interferir en las actuaciones y decisiones de la *Charity Commission* sobre los temas particulares que trata. Es por tanto un órgano que goza de una cierta autonomía e independencia en su actuación, siendo sólo responsable ante el High Court de sus actuaciones. No obstante puede ejercer un verdadero poder jurisdiccional a instancias del Procurador General llevando a cabo un plan de gestión que mejore el funcionamiento de una *charity*, y asimismo puede nombrar y relevar nuevos administradores de una *charity* en caso de malversaciones o graves problemas de su gestión.

Es la encargada de tener un Registro General de *Charities*, posee un poder general de información sobre el funcionamiento de las *charities*¹⁵, analiza las cuentas anuales, autoriza las transacciones inmobiliarias y mobiliarias entre *charities* y realiza un papel de asesoramiento con respecto a los gestores de dichas entidades.

Ejerce no sólo un control de legalidad sino también un control de oportunidad: trata de medir la eficacia de las *charities*, el nivel de confianza que

¹⁴ OCDE. Fundaciones Filantrópicas y Cooperación al Desarrollo. Extracto del Diario del CAD (Comité de Ayuda al Desarrollo) de 2003, Volumen 4, N.º 3, <https://www.oecd.org/dac/stats/31670558.pdf>.

¹⁵ El Directorio de Fundaciones de la «Charities Aid Foundation» incluye alrededor de 2500 organizaciones distribuidoras de fondos, con activos de casi 2 billones de dólares. 571 millones de libras esterlinas se atribuyen mediante subvenciones en las áreas de salud y medicina principalmente, luego juventud, humanidades y ayuda a ciertos sectores sociales. Un caso interesante son las fundaciones comunitarias (*community trusts*), creadas por iniciativa mixta pública/privada, algunas de las cuales continúan siendo financiadas mayoritariamente por el gobierno.

generan en la opinión pública, evaluar los riesgos que su actuar puede causar y si funcionan en interés de los beneficiarios, de manera que los servicios y todas las actividades que se realicen busquen conseguir el mayor impacto y el mayor provecho para la sociedad¹⁶.

Dinamarca: Una de las características del sistema danés es el importante número de fundaciones existentes: 10.300 en 1986. Una de las razones es el capital relativamente bajo que se aporta. Numerosas empresas han creado fundaciones autónomas; otras han atribuido a fundaciones la totalidad o una parte de su patrimonio industrial, lo cual les permite contar con elevados ingresos (por ejemplo la Fundación Egmont H. Petersen, creada en 1920, que recibió de su fundador un grupo de imprentas y de editoriales que la fundación ha desarrollado ampliamente).

Alemania: en el sistema alemán la competencia legislativa corresponde a los *Länder* aunque deben respetar lo establecido en el Código civil alemán. Las fundaciones alemanas son herederas de la tradición histórica en la que «desde la Edad Media, la Iglesia y la Nobleza adoptaron esta forma jurídica para poner su patrimonio al abrigo de las requisas que ejercían y acordaban los Príncipes alemanes»¹⁷.

Actualmente han adquirido gran importancia las llamadas «fundación-empresa», fundaciones para coordinar la gestión y el control de un grupo de empresas (como por ejemplo la Fundación Volkswagen, la Fundación Bosch...). Existen también otros tipos de fundaciones como las fundaciones Trust, fundaciones públicas sujetas al derecho privado, fundaciones institucionales, fundaciones corporativas, fundaciones comunitarias, fundaciones familiares, fundaciones públicas, fundaciones operativas, ...

Las fundaciones alemanas son básicamente organizaciones privadas pues aunque existen fundaciones públicas éstas se rigen por las mismas normas que las que las privadas¹⁸ y se encuentran bajo la tutela administrativa que controla el interés público, estando las autoridades competentes facultadas incluso para transformar el fin de la fundación.

Aunque cada *Länder* establece su regulación normativa, en términos generales, la intervención administrativa de las fundaciones se dirige a realizar

¹⁶ Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, «Diversidad de fundaciones en Europa». Anuario de Derecho de Fundaciones, 2011. Asociación Española de Fundaciones. Iustel.

¹⁷ Miguel Ángel CABRA DE LUNA y Rafael DE LORENZO GARCÍA, «Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo», Fundación ONCE. Iustel.

¹⁸ En 1988, la República Federal de Alemania contaba con 5.030 fundaciones privadas, un quinto de las cuales se encontraban en Nordrhein-Westfalden, comparado con 471 fundaciones financiadas con fondos públicos.

un control jurídico para garantizar la conformidad con el ordenamiento jurídico y evitar todo perjuicio a la fundación, así como sobre los aspectos contables aunque su actuación es *a posteriori* con lo que se reduce el intervencionismo público de manera notable.

Italia: el elemento diferenciador del sector fundacional italiano está constituido por las fundaciones de origen bancario que nacen a partir de las Cajas de Ahorros. En la última década del siglo xx, se optó por transformar el sector bancario administrado por el Estado en fundaciones bancarias, que no podían ejercitar directamente actividad bancaria y sus dividendos debían ser renta instrumental de una actividad institucional que tenga fines de interés público y utilidad social. En la Ley 41 de 1998 se ratifica la idea según la cual estas fundaciones debían operar en el mundo *non-profit* pero conservando una cierta vocación económica¹⁹.

Las fundaciones bancarias italianas deben actuar sólo en un número limitado de sectores que previamente hayan escogido. Asimismo son fundamentalmente entidades privadas sin fin de lucro, con plena autonomía estatutaria y de gestión, aunque los estatutos han de recibir la aprobación de la autoridad de vigilancia, que es el Ministerio de Economía.

En Italia hay también grandes fundaciones privadas como la Fundación Adriano Olivetti, ligada a la famosa marca comercial, la Fundación Agnelli, la Cariplo, la Accenture,....., dedicadas a fines diversos.

Francia: El grado de intervención en el sistema francés es intenso. La fundación es considerada como un establecimiento privado dotado de personalidad jurídica en virtud de un acto de poder público que tiene por objeto la realización de la obra concebida por el fundador en la aplicación de los recursos provenientes principalmente del capital constituido por el mismo y administrado por un Consejo de administración cuya composición está establecida en los estatutos²⁰.

La autoridad administrativa impone, incluso, entre varias propuestas, los modelos de sus estatutos, lo que muestra que las fundaciones se conciben como una institución de derecho privado sujeta a una rigurosa tutela administrativa. Asimismo es precisa la autorización administrativa para enajenar bienes de la dotación y para modificar los estatutos de la fundación.

¹⁹ Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, «Diversidad de fundaciones en Europa». Anuario de Derecho de Fundaciones, 2011. Asociación Española de Fundaciones. Iustel.

²⁰ Miguel Ángel CABRA DE LUNA y Rafael DE LORENZO GARCÍA, «Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo». Fundación ONCE. Iustel

Existen en Francia tres tipos principales de fundaciones²¹:

1. Las fundaciones de reconocida utilidad pública que son creadas por un individuo, una familia, asociación, grupo de personas... pero hace falta un Decreto del Ministerio del Interior con el informe favorable del Consejo de Estado para su reconocimiento de utilidad pública y de personalidad jurídica. Asimismo se precisa una importante dotación inicial y están sometidas a una amplia tutela administrativa. Pueden recibir subvenciones, donativos ayudas, recurrir a la filantropía. Además cuando realiza determinados actos jurídicos como la enajenación o gravamen de bienes de la dotación, precisa el consentimiento público.

2. Las fundaciones tuteladas: creadas en el seno de la Fundación de Francia u otras fundaciones tutelares. La tutelada no tiene personalidad jurídica y la tutelar gestiona sus presupuestos. Son fundaciones subordinadas, de segundo nivel, aunque activas en temas relacionados con el patrimonio cultural y el medio ambiente.

3. La fundación-empresa puede ser constituida por las sociedades civiles o comerciales, las cooperativas y las mutuas, entre otras entidades. El objeto de estas fundaciones es permitir realizar acciones temporales de mecenazgo por sociedades mercantiles con medios financieros más débiles que los de las fundaciones tradicionales. La diferencia con las fundaciones ordinarias consiste en que en ellas se puede utilizar no solo los rendimientos de la dotación inicial para realizar las actividades previstas sino también la dotación misma. Esta se compone de aportaciones periódicas de los fundadores. Su rasgo caracterizador es su programa de actuación plurianual de duración determinada (mínimo cinco años), que ha de tener un importe mínimo de 150.000 €, que debe aportar la empresa fundadora repartidos en el tiempo que dure el programa. No pueden recurrir a la generosidad pública ni recibir ayuda pública del Estado ni donativos o legados.

Caso significativo de fundación de utilidad pública es la Fundación de Francia, establecida por el gobierno francés en un esfuerzo para estimular y fomentar el crecimiento de la filantropía privada y fundaciones privadas. Su origen se encuentra en los años 60, en que el Gobierno Francés inició una investigación para averiguar las razones del escaso desarrollo de la filantropía en Francia en comparación con otros países. El Presidente Charles de Gaulle y el Ministro de Cultura, André Malraux, crearon en 1969 la Fundación de

²¹ Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, «Diversidad de fundaciones en Europa». Anuario de Derecho de Fundaciones, 2011. Asociación Española de Fundaciones. Iustel.

Francia como una «gran fundación» que sirviera como catalizador e intermediario entre el gobierno y la filantropía privada.

La Fundación de Francia, con sede en París, obtiene fondos directamente del público, hace donaciones a actividades altruistas de interés público, ofrece asistencia técnica para constituir asociaciones altruistas y subvenciona la investigación de la filantropía privada. Actúa como una fundación paraguas que administra, gestiona, tutela y se ocupa de numerosas fundaciones tuteladas, pues debido al importante capital que se requiere para la constitución de una fundación de utilidad pública o fundaciones-empresa, el número de fundaciones en Francia es relativamente pequeño, siendo mayor el número de fundaciones tuteladas.

Otra figura, semejante a las fundaciones que desde el 2008 en que fue creada hasta ahora ha crecido de forma espectacular son los «fondos de dotación». Su definición es muy parecida a la de fundación «persona jurídica de derecho privado, de finalidad no lucrativa, que recibe y gestiona, capitalizándolos bienes o derechos de cualquier naturaleza, que se aportan a título gratuito e irrevocable y que utiliza los rendimientos de la capitalización con vistas a realizar una obra o una misión de interés general o los redistribuye para ayudar a una persona jurídica con el fin lucrativo». Se crean por una o más personas físicas o jurídicas con un procedimiento muy sencillo. No se fija una cantidad mínima a esas dotaciones, tienen máxima libertad de creación, finalidad de interés general y anualmente tienen que presentar cuentas. Se rigen por un Consejo de administración y tienen un comisario de cuentas que vigila directamente el funcionamiento del fondo²².

2. *Análisis de los modelos de fundaciones predominantes en los diferentes países*

Para completar este análisis comparado sobre la regulación de las fundaciones y la autoridad supervisora de las mismas, debe distinguirse distintos tipos de fundaciones, según el origen de los fondos, el modo de funcionamiento y la capacidad legal, a saber:

—Fundaciones *grant-marking*: se trata de una fundación patrimonial que tiene unos recursos importantes, se financia principalmente de las rentas de esos recursos y su actividad principal es la concesión de ayudas a terceros.

²² Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, «Diversidad de fundaciones en Europa». Anuario de Derecho de Fundaciones, 2011. Asociación Española de Fundaciones. Iustel.

—Fundación operacional: no suelen tener un gran patrimonio y gestionan actividades, proyectos, programas, centros o actividades propias.

—Fundación comunitaria, en la que una institución local es la que colecta y distribuye fondos en una zona geográfica delimitada.

—Fundación de empresa, en la que el mecenazgo se realiza a través de este marco legal.

—Fundación albergada o tutelada: que se encuentra incorporada a otra fundación que la tutela (fundación paraguas) y se encuentra habilitada legalmente para realizar esta función.

Atendiendo a la tipología de fundaciones predominantes, Helmut Anheir²³ realiza la siguiente clasificación según los modelos seguidos por los distintos países:

—El modelo social-democrático seguido por los países nórdicos, en los que se dispone de un número elevado de fundaciones, de las cuales la mayoría son fundaciones operativas, y las fundaciones *grant-marking* son, fundamentalmente, las de las grandes empresas.

—El modelo centrado en el Estado, como en el caso de Francia, Bélgica, Luxemburgo, en el que el número de fundaciones es reducido y el Estado ejerce una intensa facultad de supervisión y control, hay pocas fundaciones *grand-marking*, y algunas de ellas actúan como fundaciones paraguas.

—El modelo corporativo, como Alemania, Holanda, Austria u Suiza, que funciona sobre el principio de subsidiaridad, y en el que no existen muchas fundaciones *grant-marking* aunque sí muchas fundaciones mixtas en las que destinan una parte de sus recursos a subvencionar las necesidades de terceros (por ejemplo concediendo ayudas o becas) y con la otra parte realizan proyectos propios.

—El modelo liberal del Reino Unido, en el que las fundaciones tienen una enorme importancia. En Gran Bretaña existen pocas fundaciones operativas y predominan las fundaciones *grant-marking*, con una larga historia y una gran independencia.

—El modelo periférico es el seguido por Irlanda y Grecia, en el que hay pocas fundaciones, proveen servicios compensando las limitaciones del sector público y tienen vínculos históricos complejos con la religión dominante.

²³ Se sigue en este punto la exposición realizada por Carlos PARAMÉS MONTENEGRO, «Diversidad de fundaciones en Europa». Anuario de Derecho de Fundaciones, 2011. Asociación Española de Fundaciones. Iustel.

—El modelo mediterráneo, en el que se incluye a España, Italia, Portugal y Turquía, donde el sector fundacional tiene una importancia media encontrándose en fase de crecimiento.

—Finalmente, el modelo post-estatal, propio de la Europa Central y del Este, en el que las fundaciones tienen una importancia media, hay pocas *grant-making* nacionales, y tenían gran peso las fundaciones extranjeras.

Una vez analizado el escenario fundacional existente en los países de nuestro entorno, a continuación nos centraremos en nuestro país, España, y la configuración que en las distintas Comunidades Autónomas muestra la figura del Protectorado de fundaciones.

IV. El protectorado en las diferentes Comunidades Autónomas

Los Estatutos de autonomías de las Comunidades Autónomas asumieron competencias en materia de fundaciones respecto de aquellas que desarrollan principalmente sus funciones en sus respectivos territorios. En este sentido el Tribunal Constitucional en su STC 341/2005 de 21 de diciembre, afirma que al tratarse de una materia que no figura en los listados de los artículos 148.1 y 149.1 de la Constitución Española, la consagración del derecho de fundación en su artículo 34 no es norma atributiva de competencias, sino que debe acogerse en los respectivos Estatutos de autonomía²⁴.

La competencia estatal se limita a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de fundación, y a la competencia para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles, mercantiles y procesales.

En concreto, el artículo 34.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, «el Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones», es legislación básica según señala la disposición final primera de la citada ley por lo que constituye «las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución, y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.^a de la Constitución».

²⁴ J. BERMEJO LATRE, «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones». Tratado de Fundaciones. Aranzadi Thomson-Reuters.

En consecuencia en el desarrollo legislativo y reglamentario en materia de fundaciones que han realizado algunas Comunidades Autónomas (Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, La Rioja, Madrid, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana) deben respetar la existencia de la función del Protectorado sobre las fundaciones que desarrollan su actividad en el territorio autonómico.

1. *Modelo de organización del Protectorado*

Por lo que se refiere al modelo de organización del Protectorado autonómico, existe plena libertad de actuación. En este sentido existen distintas alternativas:

—Por un lado, un Protectorado único, que ofrece como ventaja la unidad de criterio en su actuación y la consecuente seguridad jurídica al ser un único órgano el que emite las resoluciones correspondientes. Asimismo permite una más racional utilización de los recursos materiales y humanos de las administraciones públicas y elimina el peregrinaje de tener que identificar el órgano al que corresponda el Protectorado en función de los fines perseguidos por la fundación.

—Por otro, un Protectorado múltiple, que permite la especialización al entender que los organismos administrativos más cercanos a los fines fundacionales pueden ejercer en mejores condiciones las funciones del Protectorado, especialmente las de asesoramiento.

Tras un análisis pormenorizado del modelo organizativo del Protectorado adoptado por las diferentes Comunidades Autónomas, podemos deducir lo siguiente:

—En la mayor parte de las Comunidades Autónomas existe un Protectorado autonómico único; tal es el caso de Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla la Mancha, Castilla y León, Cataluña, Valencia, Extremadura País Vasco y La Rioja.

En cuanto al órgano administrativo en el que se ubica este Protectorado único, de forma mayoritaria lo hace en la Consejería de Presidencia con las distintas denominaciones que recibe en las diferentes Comunidades Autónomas (Presidencia; Presidencia y Justicia; Presidencia, Justicia e Igualdad; Presidencia y Administraciones Públicas,...). En otros casos, el Protectorado de Fundaciones se incardina en la Consejería de Justicia (como en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Cataluña, Valencia), y en algún supuesto en la de Hacienda y administración pública (Extremadura).

Las ventajas que ofrece el modelo de Protectorado único respecto a la existencia de varios protectorados, en lo que se refiere a la uniformidad de criterios y concentración de los recursos personales y materiales disponibles explica que algunas comunidades autónomas, hayan cambiado de modelo de organización administrativa.

Así, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, existió un Protectorado múltiple hasta el año 2008 en el que el Decreto 32/2008, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía acuerda su unificación. En la exposición de motivos de la norma citada se señala que «hay que destacar en el capítulo VII la regulación del Protectorado de Fundaciones de Andalucía, como órgano administrativo de asesoramiento y apoyo técnico de las fundaciones, que queda configurado como único sustituyendo a los diversos Protectorados actualmente existentes y como órgano de control de legalidad...».

—En otras Comunidades Autónomas, existen múltiples Protectorados como en Asturias, Galicia, Navarra, Región de Murcia y Baleares en donde el Protectorado se atribuye a la Consejería cuyas competencias estén relacionadas con los fines de la fundación autonómica.

Caso curioso es el de la Comunidad de Madrid, en el que el Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la citada Comunidad, establece en su disposición adicional segunda un Protectorado único, si bien en la disposición transitoria tercera prevé que hasta que se implante el mismo las fundaciones se adscribirán según su fin prevalente al Protectorado de la Consejería que corresponda por razón de la materia, existiendo en el momento presente principalmente dos Protectorados ubicados en las Consejerías con competencias en materia de política social y sanidad.

La opción seguida por la Comunidad de Madrid de un Protectorado único se justifica en la exposición de motivos de la norma mencionada «tanto porque facilita la especialización en las tareas de apoyo y control que le corresponden, como porque asegura una homogeneidad de criterios en el ejercicio de sus funciones, con independencia del sector de actividad donde operen las fundaciones. No obstante, transitoriamente, hasta que pueda implantarse efectivamente el Protectorado único, las fundaciones se adscribirán, según su fin prevalente, al Protectorado de la Consejería que corresponda por razón de la materia». Esperemos que pueda implantarse el Protectorado único próximamente.

En el cuadro que se expone a continuación, se intenta recoger de forma sistemática el modelo organizativo adoptado por cada Comunidad Autónoma y la Consejería en la que se ubica el Protectorado.

	PROTECTORADO	Consejería
ANDALUCÍA	Único	Justicia e interior
ARAGÓN	Único	Presidencia
ASTURIAS	Múltiple	Educación y cultura; Servicios y derechos sociales; Empleo, industria y turismo
BALEARES	Múltiple	La Consejería competente según el fin fundacional
CANARIAS	Único	Presidencia, justicia e igualdad
CANTABRIA	Único	Presidencia y justicia
CASTILLA Y LEÓN	Único	Presidencia
CASTILLA-LA MANCHA	Único	Hacienda y administraciones públicas
CATALUÑA	Único	Justicia
EXTREMADURA	Único	Hacienda y administración pública
GALICIA	Múltiple	La Consejería competente según el fin fundacional
LA RIOJA	Único	Políticas sociales, familia, igualdad y justicia
MADRID	Múltiple transitorio	La Consejería competente según el fin fundacional *
MURCIA	Múltiple	La Consejería competente según el fin fundacional **
NAVARRA	Múltiple	Los Departamentos según los fines fundacionales
PAÍS VASCO	Único	Administración pública y justicia
VALENCIA	Único	Justicia, administración pública, reformas democráticas y libertades publicas

* Consejería de Sanidad; Consejería de Políticas sociales y familia.

** Consejería de Cultura y turismo; Consejería de Educación, formación y empleo.

A la vista de lo expuesto puede concluirse que el modelo más común es el de un Protectorado único ubicado en la Consejería de Presidencia y/o Justicia, si bien existen, como hemos visto, otras modalidades organizativas.

2. *Relación entre el Protectorado y Registro autonómicos*

En cuanto a la vinculación entre el Protectorado y el Registro autonómicos, también merece atención especial algunas de las fórmulas empleadas:

—En la mayor parte de las ocasiones, Protectorado y Registro son diseñados como funciones diferenciadas que son desarrolladas en la misma Consejería, tanto si se trata de un Protectorado y Registro únicos (Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla y León, Castilla La Mancha, Cataluña, Valencia), como si son varios Protectorados y Registros (Asturias).

—En otras ocasiones, más minoritarias, el Protectorado y Registro se encuentran ubicados en Consejerías diferentes de la Administración autonómica (Comunidad de Madrid, Región de Murcia).

—En varias Comunidades Autónomas se otorga al Protectorado la función de «llevar el Registro de fundaciones» como es el caso de Cataluña (art. 336-2 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña), la Comunidad Valenciana (art. 29 de la Ley 8/1998, de 9 diciembre modificada por l Ley 9/2008, de 3 de julio) y el País Vasco (art. 36 de la Ley 12/1994, de 17 de junio).

—Un caso especial lo constituye el de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. En la exposición de motivos del Decreto 63/2005, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Castilla y León explica por qué se decidió «unificar en un solo órgano el ejercicio de todas las funciones y facultades de que dispone la Administración de Castilla y León en materia de fundaciones. Se pretende con ello facilitar en la mayor medida posible las relaciones del sector con la Administración, eliminando multitud de trámites y ofreciendo un interlocutor único, con lo que ello significa en orden a la unidad de criterio y a la posibilidad de instrumentar medidas de apoyo, asesoramiento y colaboración mucho más eficaces y de más fácil acceso para todos. La medida ha planteado innumerables dificultades técnicas para coordinar la diferente naturaleza de las funciones de Protectorado y de Registro en procedimientos unificados, pero se ha conseguido dar una respuesta satisfactoria que, sin duda, posibilitará la aplicación práctica de los principios que inspiran la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León».

Como puede observarse, el supuesto más habitual es que Protectorado y Registro se ubiquen en la misma Consejería con el fin de facilitar las relaciones entre ellos, pudiendo tratarse de órganos diferentes, dependientes o unificados según los distintos modelos organizativos que hemos expuesto.

3. Funciones encomendadas al Protectorado autonómico

Por lo que se refiere a las funciones encomendadas al Protectorado, aquellas Comunidades Autónomas que poseen competencia legislativa en materia de fundaciones han aprobado su correspondiente ley y reglamento de fundaciones. En algunas de ellas, la regulación autonómica seguida se asemeja a la normativa estatal, en otras presenta diferencias notables. Si bien una exposición pormenorizada de la legislación autonómica excedería el objeto del presente estudio, no obstante se procederá a continuación a poner de relieve alguna de las características o funciones que se otorgan a los protectorados autonómicos, no contempladas a nivel estatal, que muestran el diferente grado de intensidad con la que se configura la función del Protectorado:

En la *Comunidad Autónoma de Navarra* la función del Protectorado presenta un muy reducido grado de intervención, justificado por su propia especialidad foral. La inscripción registral no es un elemento constitutivo de la personalidad jurídica de la fundación, por lo que no es obligatoria salvo cuando la fundación quiera optar a los beneficios fiscales, en cuyo caso debe estar inscrita en el Registro de fundaciones dependiente del Departamento de Presidencia y función pública. Es en el momento de la inscripción registral cuando a la fundación se le asigna un Protectorado en función de los fines recogidos en sus estatutos. Dicho Protectorado ejerce únicamente una función de asesoramiento y apoyo. El control económico financiero de la fundación lo realiza el Departamento de Economía y hacienda, al que deben presentar las cuentas anuales y es el competente para otorgar y retirar el régimen tributario especial a las fundaciones que deseen disfrutar del mismo.

La Ley Foral prohíbe asimismo la retribución por la fundación a los patronos, para aquellas fundaciones que deseen disfrutar de los beneficios fiscales.

En consecuencia, en Navarra, sólo las fundaciones que desean acceder a ese régimen tributario especial entran en la esfera de la intervención administrativa, que se ejerce a modo de asesoramiento por el Protectorado mientras que las facultades de control se encuentran atribuidas al Departamento de Economía y hacienda.

En la *Comunidad Autónoma del País Vasco*, la Ley 12/1994, de 17 de junio, implantó un Protectorado ágil y moderno diseñándolo como órgano de

asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones que facilitará y promoverá el recto ejercicio del derecho fundacional.

Posteriormente el Decreto 100/2007 de 19 de junio por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco y el Decreto 101/2007 de 19 de junio por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones del País Vasco provoca un cambio de paradigma unificando la actividad de los órganos de Registro y Protectorado atribuyendo al Protectorado la llevanza del Registro de fundaciones, estableciendo así una pertenencia del Registro al ámbito del Protectorado. Estableció una novedosa regulación de las funciones del Protectorado sobre la verificación de las actividades de las fundaciones que pretende ser respetuosa con su autonomía de funcionamiento pero a la vez eficaz en la salvaguarda del interés general al que las fundaciones están afectas²⁵.

Un mayor grado de intervención por el Protectorado se observa en la *Comunidad Autónoma de Andalucía*, en cuyo artículo 42.2 del Decreto 32/2008, faculta al Protectorado cuando sea indispensable para el ejercicio de sus funciones, a «realizar las visitas de comprobación, verificación o requerimientos de comparecencia de los miembros de los órganos de gobierno de la fundación, que deberán prestar en todo momento colaboración para el normal desarrollo de dichas funciones».

En esta misma línea, la *Comunidad Autónoma de la Rioja*, establece en su artículo 46. E de su Ley de Fundaciones de 2007 las mismas facultades de comprobación en la sede fundacional, siempre previa conformidad del Patronato de la Fundación.

En la *Comunidad Autónoma de Canarias*, se concibe el Protectorado como «el órgano administrativo competente para preservar la finalidad de interés general que fundamenta el reconocimiento y protección legal de estas entidades. En esta función tutelar, la propia Ley Territorial guarda un delicado equilibrio entre el respeto a la iniciativa particular que dinamiza el funcionamiento de estas instituciones y los controles administrativos necesarios para que los recursos públicos de que disfrutan, por vía de transferencias o de bonificaciones fiscales, sean aplicados adecuadamente»²⁶.

Este Protectorado se organiza en tres niveles: un primer nivel, el Pleno, con funciones generales y de la mayor responsabilidad, en el que se integran todos los órganos administrativos que, directa o indirectamente, puedan estar

²⁵ Elixabete ETXANOBE, Curso de verano de la EHU-UPV. San Sebastián 11 julio 2013.

²⁶ Decreto 188/1990, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones Canarias.

relacionados con la naturaleza, funcionalidad y finalidades de las fundaciones; un segundo nivel, la Comisión Ejecutiva, de responsabilidades gestoras, con composición reducida a efectos de una mayor operatividad, y un tercer nivel, el Consejo Asesor, de naturaleza consultiva, mediante el cual se da participación al sector afectado.

En particular se le otorgan a la Comisión Ejecutiva distintas facultades como la realización de visitas de inspección o requerimientos de documentación o de comparecencia de los miembros de los órganos de gobierno y dirección para investigar el cumplimiento de los fines fundacionales y la diligente administración de los bienes patrimoniales (art. 29), o la facultad para promover la extinción de la fundación, que resolverá el Pleno oído el Patronato de la fundación (art. 23).

El mayor grado de intensidad en la intervención del Protectorado corresponde a la *Comunidad Autónoma de Cataluña*. Inicialmente en dicha Comunidad se regulaban unas competencias muy básicas del Protectorado en el Código Civil catalán de 1982. Tras la aprobación de la Ley 4/2008, de 24 de abril que modifica el Libro Tercero del Código Civil se recogió en el Capítulo VI, entre otras medidas, el cierre parcial registral en caso del incumplimiento del deber de no presentación de las cuentas y la imposibilidad de obtención de subvenciones ni ayudas de la Administración de la Generalidad. Asimismo la disposición transitoria cuarta del libro tercero del Código Civil de Cataluña definió una serie de funciones, entre otras la potestad inspectora, que correspondían a este órgano mientras el Parlamento no aprobase una ley del Protectorado.

La Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública ha dotado al Protectorado de instrumentos normativos para contribuir a un funcionamiento más ágil de las fundaciones así como para aumentar su efectividad, así como «garantizar el uso y la destinación correctos de las ayudas y subvenciones públicas que a menudo perciben las entidades sin afán de lucro, así como de los fondos procedentes de la captación ciudadana y de los provenientes del mecenazgo privado. A tal fin, la presente ley articula una serie de medidas de fomento de los controles internos de las entidades y de responsabilidad de los patronos, y otras medidas que pretenden establecer una cultura de transparencia y regularidad de actividades en garantía de los financiadores públicos y privados de las actuaciones de estas entidades»²⁷.

²⁷ Exposición de motivos de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública.

Dicha ley incorpora dos nuevas potestades del Protectorado: la inspectora y la sancionadora.

La primera, ya recogida en la modificación del Libro Tercero del Código Civil del 2008 requería su desarrollo por una ley del protectorado. Esta función pretende velar por el recto ejercicio del derecho de fundación y por el mantenimiento de los requisitos en que se fundamenta la declaración de utilidad pública. Para ello, se contempla la posibilidad de aprobar un plan anual de las actuaciones inspectoras de acuerdo con criterios objetivos²⁸.

La segunda tiene como finalidad actuar «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». Se tipifican las conductas infractoras en que más a menudo se aprecia que incurren las entidades «para evitar el uso de mecanismos de intervención más agresivos»²⁹.

Una vez analizado los diferentes modelos organizativos que sobre el Protectorado y sus funciones diseñan los diferentes sistemas autonómicos, nos centraremos en organización del Protectorado en la Administración General del Estado para aquellas fundaciones que realicen sus actividades en el territorio nacional o de más de una Comunidad Autónoma.

V. El protectorado único en la Administración General del Estado

Por lo que se refiere a la organización del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, delegó al desarrollo reglamentario lo relativo a la forma en que debía configurarse, de tal manera que la actual ley permitía tanto la existencia de un único protectorado como de varios protectorados en la Administración General del Estado.

Esta segunda opción es la que adoptó el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, al disponer que el protectorado fuera ejercido a través de los

²⁸ «La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas en el ejercicio de sus funciones de protectorado aprobó un plan de inspección de fundaciones para 2009 que selecciona entre las causas la no presentación de cuentas durante los dos últimos ejercicios». Marc-R. LLOVERAS FERRER, «El protectorado de fundaciones en el Código Civil de Cataluña». *Revista para el análisis del Derecho*.

²⁹ Exposición de motivos de la Ley 21/2014, de 29 de diciembre, del protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública.

departamentos ministeriales que poseían atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecían descritos en los estatutos de la fundación.

En consecuencia, en la Administración General del Estado existían hasta siete Protectorados, cada uno de los cuales realizaba las funciones correspondientes sobre las fundaciones a él adscritas en función de los fines por ésta perseguidos. Algunos de los Departamentos Ministeriales en los que se llevaban a cabo tareas de protectorado, disponían asimismo de los correspondientes Registros en los que se inscribían los actos correspondientes a tales fundaciones.

La Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), incluyó entre sus medidas (la n.º 1.02.003) la implantación de un único Registro de Fundaciones y un único Protectorado de competencia estatal para las fundaciones que desarrollaban su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

Dicha medida pretendía hacer frente a la dispersión de recursos humanos, materiales y de conocimiento administrativo sobre el sector fundacional al existir, como ya se ha señalado siete Ministerios que dedicaban recursos a las tareas de Registro y Protectorado de Fundaciones:

Ministerio	N.º Fundaciones inscritas*	Funciones que ejerce
Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.	2.544	PROTECTORADO ** REGISTRO
Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.	1.353	PROTECTORADO REGISTRO
Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.	149	PROTECTORADO REGISTRO
Ministerio de Empleo y Seguridad Social	44	PROTECTORADO REGISTRO
Ministerio de Industria, Energía y Turismo.	32	PROTECTORADO
Ministerio de Fomento.	13	PROTECTORADO REGISTRO
Ministerio de Justicia.	1	PROTECTORADO

* Con anterioridad a la implantación del Registro y Protectorado únicos.

** También ejercía por delegación las funciones de protectorado del Ministerio de Economía y Competitividad

Consecuentemente, la implantación de un único Protectorado dentro de la Administración General del Estado perseguía una utilización más eficiente de los recursos materiales y humanos al concentrar unidades dispersas de los citados Ministerios en un único órgano, y eliminar las dificultades que los ciudadanos o personas jurídicas encuentran en su relación cotidiana con la administración, habida cuenta de las diferencias de criterios y prácticas entre los distintos órganos gestores.

En este mismo sentido, el Consejo Económico y Social en el informe emitido en sesión ordinaria del Pleno el 24 de septiembre de 2014, en relación al anteproyecto de Ley de Fundaciones, valoró entre los aspectos positivos que aportaba la norma proyectada, «la puesta en funcionamiento del Registro de Fundaciones, como un registro único en el que estarán inscritas todas las fundaciones que desarrollen su actividad en el territorio del Estado español, así como la unificación del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal en un único órgano de la Administración General del Estado. A juicio de este Consejo, ambas medidas contribuirán a mejorar la gestión de las fundaciones y a salvaguardar el fin de interés general al que sirven. En efecto, resulta innegable la potencial contribución de estos instrumentos a la mejora de la certeza, la claridad y la seguridad en la promoción y la actividad de las fundaciones».

Para la puesta en marcha del Protectorado único y el Registro de fundaciones de competencia estatal en la Administración General del Estado se adoptaron las siguientes medidas legislativas:

- Por un lado, la modificación del artículo 34.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones realizada a través de la disposición final cuarta de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público: «Las funciones de Protectorado respecto de las fundaciones de competencia estatal serán ejercidas por la Administración General del Estado a través de un único órgano administrativo, en la forma que reglamentariamente se determine».

- Por otro, la aprobación 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 atribuyó a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, a través de la Subdirección General de Fundaciones, el ejercicio de las funciones del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.

- Asimismo, se aprobó la Orden PRE/2537/2015, de 26 de noviembre, por el que se dispone la entrada en funcionamiento y la sede del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, el cual depende orgánicamente del Ministerio de Justicia y está adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por lo que se refiere al Protectorado único, aunque se mantenga el protectorado de las fundaciones bancarias en el Ministerio de Economía, por la especificidad de este tipo de fundaciones, la implantación del mismo dentro de la Administración General del Estado para las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 50/2002, está permitiendo:

—La utilización más eficiente de los recursos materiales y humanos al concentrar unidades dispersas en los citados Ministerios en un único órgano.

—La eliminación de las dificultades que los ciudadanos o personas jurídicas encontraban por la dispersión administrativa y la diferencia de criterios y prácticas de las diferentes unidades.

—Una unidad de criterios y prácticas en el órgano gestor.

—La centralización de datos e información sobre las fundaciones.

—El tratamiento informatizado de los datos (anteriormente sólo algunos Ministerios utilizaban alguna aplicación informática).

—La mejora en el acceso electrónico por los ciudadanos (pues no todos los Ministerios tenían incorporado estos trámites en su sede electrónica).

No obstante, la existencia de un Protectorado y un Registro ubicados en distintos Departamentos Ministeriales, obliga a incorporar un nuevo modelo de relación entre ambos organismos a fin de facilitar la gestión de las solicitudes y procedimientos en los que participan ambos, facilitando la comunicación del sector con la Administración. A estos efectos se ha firmado un Acuerdo entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte para definir los procedimientos administrativos y coordinar los portales web institucionales y sedes electrónicas, a fin de facilitar y agilizar la tramitación de las solicitudes que las fundaciones y ciudadanos presentan ante la Administración General del Estado.

En conclusión la implantación de un Protectorado único en la Administración General del Estado ha sido un importante avance en la unificación de criterios y utilización más eficiente de los recursos humanos y materiales existentes. Ello permitirá la mejora en el desempeño de las funciones que tiene encomendado el Protectorado, las cuales son objeto, a continuación, de estudio.

VI. Funciones del Protectorado de fundaciones de competencia estatal

A continuación presentamos las funciones atribuidas por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, y desarrolladas en el Reglamento de fundaciones aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, al Protectorado de fundaciones de competencia estatal, clasificándolas en función del momento vital de la fundación. Por ello distinguimos tres momentos: el nacimiento de la fundación, la vida jurídica y económica de la fundación, y la extinción de la misma.

1. *Nacimiento de la fundación*

Las funciones que realiza el Protectorado en la fase de nacimiento de la fundación son las siguientes:

A) Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, en relación con la normativa aplicable a dicho proceso (art. 35.1.b. de la Ley 50/2002).

Esta función de asesoramiento constituye una de las actividades principales del Protectorado. Así es frecuente que las personas interesadas en constituir una fundación acudan al Protectorado a que se les informe sobre los trámites para ello, remitan un borrador de estatutos para revisar su adecuación a la legalidad, o formulen sus consultas y propuestas en torno a cualquier aspecto relacionado con ello (finés, patronato, dotación...).

Para facilitar esta labor de asesoramiento, además de las llamadas telefónicas o las citas personalizadas, se dispone de un buzón institucional (*juridico.fundaciones@mecd.es*) en el que diariamente se recibe las consultas y se contestan con agilidad.

B) Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los artículos 3 y 12 de la presente Ley (art. 35.1.a. de la Ley 50/2002).

Se trata de un informe que debe emitir el Protectorado para el Registro de fundaciones que tiene carácter preceptivo y vinculante. El objeto de dicho informe es doble:

—Analizar la idoneidad de los fines de la fundación, esto es, si se pueden considerar fines de interés general, de acuerdo con lo previsto en el artícu-

lo 3.1 de la Ley. Es criterio de este Protectorado que estos sean definidos de manera clara, concisa y concreta, para lo que se realiza una función de asesoramiento a la fundación con objeto de que la redacción de los mismos sea adecuada.

—Analizar la suficiencia y adecuación de la dotación fundacional. A estos efectos el artículo 35.1.a) debe ponerse en relación con el artículo 12 de la Ley de acuerdo con el cual «la dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros».

Si la aportación no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución una tasación realizada por un experto independiente.

Cuando la aportación es dineraria, si bien la Ley prevé la posibilidad de que pueda efectuarse en forma sucesiva, la realidad muestra que muchas fundaciones que optaron por esta vía, no cumplen la obligación del desembolso del resto de la dotación transcurrido el plazo de cinco años previsto en el citado artículo 12. Por lo que es criterio del Protectorado requerir a la fundación a que acredite su viabilidad aportando para ello un plan de actuación y un estudio de viabilidad.

C) Otras funciones en el proceso de constitución:

—Otorgar escritura pública de constitución de la fundación, previa autorización judicial, en el supuesto de una fundación *mortis causa* en la que el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y disponer de los bienes y derechos de la dotación, y no existan albaceas o herederos testamentarios para otorgarla o éstos incumplan esta obligación, según se dispone en el artículo 9.4 de la Ley 50/2002.

—Cesar a los patronos de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal, y nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial (art. 43.d del Reglamento de fundaciones).

2. *Vida de la fundación*

Son varias las funciones encomendadas al Protectorado durante la vida jurídica y económica de la fundación:

A) Asesorar a las fundaciones ya inscritas sobre su régimen jurídico, económico-financiero y contable, así como sobre cualquier cuestión relativa

a las actividades por ellas desarrolladas en el cumplimiento de sus fines, pres-
tándoles a tal efecto el apoyo necesario (art. 35.1.c. de la Ley 50/2002)

Este servicio es similar al señalado anteriormente para la fase de la cons-
titución de la fundación, pero ya no es un tema puntual sino que se trata de
un asesoramiento en la gestión cotidiana de las mismas. En este sentido cada
día se reciben y contestan numerosas consultas tanto de aspectos jurídicos
como de cuestiones de índole económico contable y financiero. Para ello se
dispone de personal formado y especializado que posee una gran experiencia
en materia de fundaciones.

B) *Funciones relativas a aspectos jurídicos que puedan surgir durante la vida de
la fundación:*

a) Emitir informe de no oposición u oposición a la modificación de
estatutos acordada por el Patronato de la Fundación (art. 29.4 de la
Ley 50/2002).

Se trata de un informe en el que el Protectorado sólo puede oponerse a
la modificación acordada por razones de legalidad y mediante acuerdo mo-
tivado.

Si bien la modificación estatutaria debe ser inscrita por el Registro de
fundaciones, si éste recibiera comunicación del Protectorado por el que se
hiciera constar un informe de oposición a la modificación, el artículo 34.2
del Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el
Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, dispone que
se deniegue la inscripción.

b) Autorizar actos de disposición o gravamen sobre bienes de la dotación
fundacional (art. 21.1 de la Ley 50/2002).

Esta es una función importante del Protectorado. La fundación sólo pue-
de enajenar o gravar los bienes y derechos que forman parte de la dotación
si con carácter previo es autorizada por el Protectorado. Se le confía así al
Protectorado la facultad de velar por los bienes y derechos que forman par-
te de la dotación, que quedan sometidos a un plus de seguridad jurídica. El
Protectorado concederá la autorización solicitada si existe justa causa debi-
damente acreditada, según expresa el artículo 21.1 de la Ley.

Si los bienes que forman parte de la dotación son títulos valores y cotizan
en un mercado secundario oficial, el Reglamento de fundaciones prevé en
su artículo 20 que el Protectorado pueda emitir una autorización anual para
enajenar en cualquier momento a lo largo del ejercicio los valores que se
detallen en la solicitud o los que vengan a sustituirlos. El patronato deberá

comunicar trimestralmente al Protectorado las enajenaciones efectuadas. Se trata de armonizar a través de este mecanismo de autorización anual con comunicación posterior trimestral, la rapidez de actuación que requiere operar con valores financieros y la necesidad de supervisión del Protectorado de los bienes dotacionales.

Se equiparan a los bienes dotacionales a estos efectos aquellos que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, entendiéndose que existe tal vinculación cuando esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato, del aportante de los bienes o incluso del Protectorado o la autoridad judicial.

Los criterios empleados por el Protectorado para autorizar tales actos son: que estén debidamente justificados en la solicitud que se aporte y se deduzca que el acto para el cual se solicita la autorización sea beneficioso para la fundación; y que el importe al que se pretenda enajenar se ajuste al valor del bien tasado por perito independiente o las condiciones del gravamen sean ajustadas.

c) Autorizar a la fundación para que pueda contratar con los patronos o retribuirlos (arts. 15.4 y 28 de la Ley 50/2002).

La Ley establece en su artículo 15.4 como principio general la gratuidad en el desempeño del cargo del patrono. «Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función».

No obstante el legislador es consciente de que en determinados casos, puede resultar conveniente para la fundación la prestación de otros servicios por algún patrono, por su conocimiento en la materia, su experiencia en la fundación,... En tales supuestos se requiere que el Protectorado autorice a la fundación para que pueda contratar o remunerar a tales patronos para prestar servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato.

Los criterios mantenidos por el Protectorado para autorizar a la fundación a que contrate o retribuya a un patrono son: que la fundación presente una situación financiera saneada para afrontar dicho gasto, que el patrono interesado se haya abstenido en la votación del acuerdo (art. 11 del Reglamento de fundaciones), y que el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación resulte equilibrado. Cuando éste no sea equilibrado o el negocio jurídico pueda encubrir una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono, el Protectorado requerirá a la fundación para su modificación y de no

atender a dicho requerimiento, podrá denegar la autorización según establece el artículo 34.3 del Reglamento.

d) Comunicaciones posteriores al Protectorado.

Aquellos actos de disposición o gravamen de bienes que no forman parte de la dotación fundacional ni vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, cuyo importe sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación, deberán ser comunicados al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización (art. 21.3 de la Ley 50/2002).

En este supuesto, el Protectorado analizará la documentación presentada y tendrá por realizada la comunicación salvo cuando los acuerdos adoptados fueran lesivos para la fundación en cuyo caso podría entablar la acción de responsabilidad que correspondan.

También deben comunicarse al Protectorado las adquisiciones de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles, en cuyo caso se tomará conocimiento de dicha participación (art. 24 de la Ley 50/2002).

Igualmente están sometidas a un régimen de comunicación posterior la aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias así como la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas (art. 22 de la Ley 50/2002).

e) Funciones relacionadas con el patronato de la fundación:

—Ejercer provisionalmente las funciones de patronato cuando faltasen, por cualquier motivo, todas las personas llamadas a integrarlo (art. 35.1.g. de la Ley 50/2002).

Este supuesto se ha producido ya en alguna fundación y el Protectorado ha asumido las facultades del patronato.

—Designar a la persona o personas que integren provisionalmente el patronato en el supuesto previsto en el artículo 18.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Se trata de casos en los que no es posible nombrar un mínimo de tres patronos de acuerdo con lo establecido en los estatutos, por lo que el Protectorado puede nombrar los que falten para cubrir ese mínimo legal a fin de que ese patronato provisional modifique los estatutos y se pueda proceder a constituir un patronato definitivo.

C) *Funciones relativas a obligaciones económico-contables de la fundación (art. 25 de la Ley 50/2002).*

a) Presentación de planes de actuación.

Las fundaciones deben presentar en los tres meses anteriores al comienzo de su ejercicio económico un plan de actuación en el que deberán recoger los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente. En él deberá reflejarse los gastos estimados para cada una de las actividades, los ingresos y cualquier otro indicador que permita comprobar grado de realización de cada actividad o el grado de cumplimiento.

El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas elaboró un modelo de plan de actuación, que tras la aprobación del Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos, es de obligado cumplimiento.

El Protectorado procede a revisar la adecuación formal de los planes de actuación presentados por las fundaciones, y una vez realizada los remite al Registro de fundaciones para su depósito.

Asimismo se informa que se ha puesto a disposición de las fundaciones que pertenecen al Protectorado estatal una aplicación informática que facilita la elaboración del plan de actuación, permitiéndose igualmente la presentación telemática del mismo.

b) Presentación de las cuentas anuales.

Una vez finalizado el ejercicio económico, las fundaciones disponen de un plazo de seis meses para elaborar y aprobar las cuentas anuales, que deberán ser presentadas al Protectorado en los 10 días hábiles posteriores a su aprobación.

Éstas deben comprender el balance, la cuenta de resultados, la memoria, y cuando sea obligatorio —en los supuestos previstos en el art. 25.5 de la Ley 50/2002— el informe de auditoría. Asimismo deberán ir acompañadas de la certificación del acuerdo aprobatorio del patronato y la relación de patronos asistentes a la reunión en la que fueron aprobadas, firmada por todos ellos.

Al igual que se ha señalado anteriormente en relación con los planes de actuación, la aplicación informática puesta a disposición de las fundaciones que pertenecen al Protectorado estatal facilita la elaboración de las cuentas anuales, permitiéndose igualmente su presentación telemática.

El protectorado examinará las cuentas presentadas y comprobará su adecuación formal a la normativa vigente y si no se apreciase errores o defectos se remitirán al Registro para su depósito.

Además el Protectorado dispone de un plazo de cuatro años desde la presentación, para realizar las comprobaciones materiales que procedan.

En el supuesto de que en dicho examen se detectaran incumplimientos que no fueran subsanados por la fundación, podrá el Protectorado incorporar a las cuentas depositadas las observaciones que considere oportunas.

En el examen de las cuentas anuales el Protectorado trata de verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria.

Anualmente, el protectorado remite al Ministerio de Hacienda las relaciones nominales de las fundaciones que han incumplido con la obligación de presentar las cuentas anuales, pues uno de los requisitos que establece el artículo 3 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 para acceder al régimen fiscal especial de las entidades sin ánimo de lucro es cumplir «las obligaciones de rendición de cuentas que establezca su legislación específica».

c) Blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, atribuye al Protectorado una nueva función: la de velar para que las fundaciones no sean utilizadas para el blanqueo de capitales o para canalizar fondos o recursos a las personas o entidades vinculadas a grupos u organizaciones terroristas.

En el ejercicio de esta función, el Protectorado deberá comunicar a los órganos competentes, aquellas situaciones que detecten en el desarrollo de sus competencias y que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, según dispone el artículo 42.4 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

3. Finalización de la fundación

Existen distintas vías que ponen fin a la vida de la fundación. En todas ellas debe intervenir el Protectorado:

A) *Extinción de la fundación (arts. 31 a 33 de la Ley 50/2002).*

Las fundaciones sólo pueden extinguirse por alguna de las causas que recoge el artículo 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones.

El Protectorado debe intervenir ratificando el acuerdo del patronato de extinción de la fundación, salvo cuando ésta se produzca por expiración del plazo por el que fue constituida o requiera resolución judicial en los casos previstos legalmente.

Es criterio del Protectorado para ratificar dicho acuerdo, que la fundación haya presentado las cuentas anuales hasta la fecha en que se adoptó el citado acuerdo y la dotación fundacional se encuentre íntegramente desembolsada.

Ratificada la extinción se abre el proceso de liquidación que debe realizarse por la fundación bajo el control del Protectorado. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas acogidas a la Ley 49/2002, o a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.

Asimismo el Protectorado podrá decidir el destino de los bienes resultantes de la liquidación cuando los estatutos no lo prevean y el patronato no tenga atribuida dicha facultad por el fundador.

B) *Fusión de fundaciones (art. 30 de la Ley 50/2002).*

En realidad se trata de un caso específico de extinción, pues en la fusión se produce o bien la extinción de aquella que es absorbida o bien la extinción de las dos fundaciones fusionadas generando una fundación nueva. La fusión de fundaciones es posible siempre que no lo haya prohibido el fundador.

También en este supuesto el Protectorado debe intervenir emitiendo un informe de no oposición u oposición por razones de legalidad, en cuyo caso debe estar debidamente motivado. Al igual que se ha señalado en el supuesto de extinción, es criterio del Protectorado para no oponerse a la fusión, que la fundación haya presentado las cuentas anuales y la dotación de la fundación absorbida se encuentre íntegramente desembolsada. La fusión debe elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro de fundaciones.

La Ley 50/2002, en su artículo 30 contempla la posibilidad de que el Protectorado requiera a una fundación, cuando sea incapaz de alcanzar sus fines para que se fusione con otra de fines análogos, siempre que no lo hubiera prohibido el fundador. En caso de no ser atendido dicho requerimiento el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la referida fusión.

4. *Ejercicio de acciones judiciales*

No existe en la actual normativa estatal una responsabilidad administrativa de los patronos, ya que todo tipo de responsabilidad debe ser apreciada por los jueces y tribunales. No existen por tanto facultades sancionadoras en el ámbito administrativo.

Sin embargo la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, legitima al Protectorado para acudir a la autoridad judicial en determinados supuestos, que se exponen a continuación en función del grado de relevancia de la actuación judicial solicitada:

— Instar judicialmente la modificación de estatutos de una fundación (art. 29.3 de la Ley 50/2002).

Cuando las circunstancias hayan variado de manera que la fundación no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos, si el Patronato no acuerda modificar los mismos, el Protectorado podrá requerirla para que lo cumpla, y de no hacerlo podrá solicitar de la autoridad judicial que resuelva sobre la procedencia de la modificación de Estatutos requerida.

— Instar judicialmente la extinción de la fundación (art. 18.2 de la Ley 50/2002).

Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, o fuera imposible la realización del fin fundacional, o concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos, si no hubiese acuerdo del Patronato, el Protectorado podrá solicitar a la autoridad judicial la extinción de la fundación.

— Impugnación de actos y acuerdos del Patronato.

El Protectorado está asimismo facultado para impugnar ante la autoridad judicial los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación.

El fundamento de ello procede de la función primitiva del Protectorado «Velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones (art. 34.1 de la Ley)».

Esta regulación procede de la Ley 30/1994 y regula la acción administrativa por el Protectorado de cese de patronos en base a la Ley General de Beneficencia de 1849 así como de otras intervenciones administrativas³⁰.

³⁰ Miguel Ángel CABRA DE LUNA y Rafael DE LORENZO GARCÍA, «Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo». Fundación ONCE. Iustel

De acuerdo con la Ley 30/1992 el Protectorado deberá ejercer esta competencia incoando el oportuno procedimiento administrativo, de oficio o previa denuncia de parte.

—Instar el cese de los patronos cuando no desempeñen el cargo con la diligencia prevista.

El Protectorado está legitimado para solicitar a la autoridad judicial el cese de los patronos cuando se aprecie falta de diligencia del mismo, pues el artículo 17 de la Ley 50/2002 exige a los patronos que desempeñen su cargo con la diligencia de un representante leal, que no es otra que la comúnmente exigida al empresario y al representante que se ocupan de negocios y asuntos ajenos contenida en el Código Civil.

—Acción de responsabilidad (art. 35.2 de la Ley 50/2002).

El Protectorado puede ejercitar la acción de responsabilidad ante la autoridad judicial por los daños y perjuicios que causen los patronos por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo.

No sólo está legitimado el Protectorado para interponer esta acción de responsabilidad sino que también lo están, el propio patronato —en cuyo acuerdo obviamente no participará el patrono afectado—, los patronos disidentes o ausentes, y el fundador cuando no sea patrono.

La responsabilidad de los patronos es solidaria (esto es, recae sobre el conjunto de patronos, sin que en principio pueda individualizarse) frente a la fundación por los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Por tanto para que pueda exigirse responsabilidad es necesario que se haya producido un «daño o perjuicio», que puede consistir en una disminución patrimonial (daño emergente) o bien en un beneficio no obtenido por la fundación (lucro cesante).

Quedan exentos de ella quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquel.

—Indicios de ilicitud penal (art. 35.3 de la Ley 50/2002).

Cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación debe dictar resolución motivada dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente.

Tras la Constitución española «el límite externo de las libertades públicas no es otro que el de las conductas tipificadas como delito»³¹.

En consecuencia el concepto de ilicitud penal ha de ser interpretado en términos estrictos (la propia norma indica que deben tratarse de indicios racionales), y el Protectorado debe dictar resolución motivada dando traslado al Ministerio Fiscal y comunicarlo a la fundación interesada.

—Intervención temporal (art. 42 de la Ley 50/2002).

La Ley contempla esta posibilidad como último recurso y sólo en el supuesto de que la fundación haya sido requerida por el Protectorado para subsanar graves irregularidades en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada.

Se trata de la medida más estricta y de mayor alcance en lo que al control público de las fundaciones se refiere, por lo que tiene un carácter excepcional, transitorio y requiere además autorización judicial.

Por ello sólo en el caso de que la fundación no atienda el requerimiento realizado por el Protectorado, éste podrá solicitar del juez que acuerde la intervención temporal de la fundación durante el plazo de tiempo que se estime conveniente. La intervención de la fundación supone la asunción por el Protectorado de todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato en el plazo de tiempo determinado por la autoridad judicial, al término del cual la intervención finalizará.

A lo largo de este apartado se han ido exponiendo todas funciones que la Ley atribuye al Protectorado, diferentes unas de otras pero con un denominador común a todas: garantizar el correcto ejercicio del derecho de fundación.

VII. Conclusiones y perspectivas de futuro

Tras este análisis podemos concluir, en primer lugar, que la figura del Protectorado se justifica por la necesidad de garantizar que se va a respetar la voluntad del fundador y la realización del interés general que persigue la fundación. Es necesaria la intervención de la Administración para asegurar que tanto el fin que persigue la fundación como la voluntad del fundador se realizan adecuadamente.

³¹ Miguel Ángel CABRA DE LUNA y Rafael DE LORENZO GARCÍA, «Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo». Fundación ONCE. Iustel.

En segundo lugar, en todos los países de nuestro entorno existe una autoridad que realiza esa función de velar por el interés general, si bien el grado de intensidad de esta intervención varía según los diferentes modelos que han adoptado.

Centrándonos en nuestra organización autonómica, el modelo más común es el de un Protectorado único que se ubica en una Consejería principal (Presidencia o Justicia principalmente), aunque los modos de organización son variados.

Desde el mes de diciembre del 2015, el modelo de Protectorado único se encuentra implantado en el ámbito de la Administración General del Estado, al haber sido incluido entre las medidas acordadas por la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA). Ello está permitiendo la utilización más eficiente de los recursos humanos y materiales existentes y una unificación de criterios y prácticas en el ejercicio de las funciones del Protectorado.

Asimismo para la coordinación de las actuaciones del Protectorado único y el Registro único de fundaciones de competencia estatal ubicados, se ha firmado un Acuerdo entre el Ministerio de Justicia y el de Educación, Cultura y Deporte, para definir los procedimientos administrativos, coordinar los portales web institucionales y sedes electrónicas, así como facilitar y agilizar la tramitación de las solicitudes que las fundaciones y ciudadanos presenten ante la Administración General del Estado.

Por lo que se refiere a las funciones asignadas al Protectorado, de un lado, se dirigen a asesorar, apoyar y ayudar a las fundaciones, desde su nacimiento hasta su extinción y liquidación, para dinamizar y facilitar el derecho constitucional a fundar; de otro lado, tratan de garantizar el buen ejercicio de este derecho para lo cual la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones le otorga al Protectorado una facultad de control y de autorización previa a determinadas actuaciones de la fundación.

Mirando hacia el futuro, la sociedad actual demanda tanto al Protectorado como a las fundaciones unas actitudes ejemplares de todos los que ocupen cargos de responsabilidad en cualquier organismo o institución, especialmente de entidades que por definición son sin ánimo de lucro y persiguen la realización del interés general.

De acuerdo con ello, desde la Administración es preciso ejercer las funciones que legalmente son atribuidas con eficacia y avanzar hacia un Protectorado más transparente, donde los criterios de actuación sean claros y estén unificados; una Administración más moderna, mejorando las comunicaciones y procedimientos electrónicos a disposición de los ciudadanos; un Protecto-

rado más cercano en el que todas las fundaciones y especialmente aquellas que por su reducida dimensión tengan dificultades en su labor, encuentren ayuda y apoyo en su actuación diaria.

Finalmente es importante que a estos objetivos del protectorado se una el compromiso de las fundaciones de optar por un modelo de transparencia en la gestión facilitando información sobre las actividades realizadas y la financiación recibida. Sólo así se fortalecerá el sector fundacional como cauce fundamental por el que la sociedad civil actúa para la consecución de fines de interés general.