

## Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador

# Potestades administrativas del Protectorado de fundaciones con especial referencia a la regulación de un posible régimen sancionador

**Xavier MUÑOZ PUIGGRÒS**

Abogado de la Generalitat. Miembro del Pleno de la Comisión de Codificación de Cataluña  
Diario La Ley, Nº 7003, Sección Doctrina, 2 de Septiembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-249, Editorial  
LA LEY

**LA LEY 39219/2008**

### Resumen

El artículo replantea el papel que debe jugar el Protectorado ante la gestión, por parte de las fundaciones, de recursos ajenos -dotación, subvenciones y donaciones- sin que apenas se disponga de dispositivos de control internos ni externos. De ahí la necesidad de diseñar nuevos mecanismos legales, propios del derecho administrativo, como serían las medidas de control, inspección y sanción, que permitan al Protectorado una intervención más ágil, con la que hacer frente a posibles incumplimientos

## 1. NOTAS CRÍTICAS SOBRE EL PROTECTORADO

### 1.1. Naturaleza del Protectorado

Tradicionalmente el Protectorado de fundaciones —que realiza una actividad de naturaleza público-administrativa— ha tenido como objetivo principal garantizar el correcto ejercicio del derecho de fundación. En este marco, el Protectorado ha llevado a cabo funciones de asesoramiento, fomento y la verificación del cumplimiento, por parte de las fundaciones, de las finalidades de interés general (1), con arreglo a lo establecido en el artículo 34 de la Constitución (LA LEY 2500/1978). Todo ello en consonancia con las pautas establecidas en la ley y en la misma voluntad fundacional, y en el contexto de un entorno cambiante en el que las fundaciones —como agentes sociales emergentes— han adquirido un protagonismo relevante en la sociedad.

No obstante, el Protectorado tiene en la actualidad casi la misma estructura y potestades que tenía a principios del siglo XX, sin que haya adquirido parte de las técnicas de intervención que la moderna Administración pública ha ido adoptando en las últimas décadas. En la práctica, el Protectorado ha sido configurado como un simple registro de actos jurídicos, circunstancia que ha obstaculizado que pudiera plantear políticas públicas a fin de abordar los nuevos retos que plantea el sector fundacional. Mientras tanto, el ámbito fundacional español ha crecido en éstas últimas décadas sustancialmente. En Cataluña, en diez años el número de fundaciones casi se ha doblado (1).

### 1.2. Proliferación de fundaciones y minifundismo fundacional

Una falta de análisis de la situación —acompañada de una concepción ultraliberal del papel del Protectorado, que ha dominado en los últimos años— ha propiciado que las diferentes leyes de fundaciones hayan sido poco ambiciosas a la hora de posibilitar un auténtico diseño de políticas públicas. A pesar de ello, hay que destacar matices importantes entre las diferentes legislaciones en

función de los diversos gobiernos que han ido gestionando los distintos ámbitos competenciales en esta materia. A título de ejemplo: mientras que la Ley estatal 50/2002 (LA LEY 1789/2002) exige una dotación inicial de 30.000 euros (artículo 12 (LA LEY 1789/2002)) para constituir una nueva fundación, y que los actos de enajenación de los bienes que forman parte de la dotación tienen que ser autorizados por el Protectorado (artículo 21 (LA LEY 1789/2002)), la derogada Ley catalana 5/2001 (LA LEY 821/2001) (2) no exigía, en la práctica, ningún tipo de dotación inicial, ni tampoco la intervención del Protectorado en los actos de enajenación y gravamen. Esta última ley sólo requería la presentación, con la carta fundacional, de una previsión de ingresos y gastos del primer año, sin que este mínimo requisito pudiera garantizar un análisis riguroso sobre la viabilidad del proyecto por parte de los promotores de la fundación, ni tampoco proporcionaba al Protectorado los mecanismos necesarios de cara a garantizar que la actividad fundacional se orientase a la consecución del interés general.

Todo ello ocasionó que se constituyeran fundaciones que acabarían siendo inactivas al no ser viables económicamente, tanto por falta de rigor como por una deficiente configuración legal del mismo instituto fundacional. A ello hay que añadir una endémica laxitud del Protectorado a la hora de pedir un mayor rigor en el diseño del proyecto fundacional. Este modelo de proliferación ilimitada de fundaciones evidencia una cierta confusión entre el instituto fundacional y la entidad jurídica asociativa (3) .

### **1.3. Destinatarios de la actividad fundacional.**

A menudo no se ha entendido la función de Protectorado. La Administración ha primado la satisfacción de los *lobbys* del sector fundacional con merma, en ocasiones, del desarrollo de iniciativas orientadas a proteger los intereses de los beneficiarios de las fundaciones que son, en definitiva, los destinatarios de su actividad. Se dice frecuentemente que la Administración tiene que intervenir poco (o nada) en este campo (4) , pero se olvida que la razón de ser del Protectorado es, precisamente, que se garantice, entre otros objetivos, el destino de un mínimo de un 70% de las rentas netas anuales al cumplimiento de las finalidades de interés general, así como la preservación de la voluntad del fundador. Si eso no se da, la fundación pierde su verdadero sentido. Ocurren, en ocasiones, abusos —muchos de ellos sumergidos y no controlados— por parte de patronos de las fundaciones. Téngase en cuenta que la operatividad de la fundación depende del comportamiento de los patronos, que controlan un patrimonio, que les es ajeno, sin que la mayoría de las ocasiones —tal como hemos dicho— no tengan otra contención que la que pueda desarrollar el Protectorado, con sus limitadísimos medios. Ésta es la realidad, se vista como se quiera: mientras la asociación, como entidad democrática que es, está controlada por la asamblea de socios, en la fundación no existen, en general, mecanismos de vigilancia interna.

Cosa distinta es que el Protectorado, como órgano de naturaleza pública, sufra las deficiencias estructurales inherentes a la Administración. Ahora bien, estas deficiencias no han de minusvalorar su función en la tarea de coadyuvar a las pretensiones de un fundador que en un determinado momento puso un patrimonio, unas ideas y unos proyectos, al servicio de una finalidad de interés general. Y, en esta perspectiva, el Protectorado, como cooperador del fundador para que el proyecto fundacional vaya adelante, debería utilizar los mecanismos ejecutivos que el ordenamiento pone en manos de la Administración Pública, como son las potestades inspectora y sancionadora, así como las órdenes ejecutivas, entre otras.

### **1.4. Dotación y viabilidad económica**

El nuevo texto legal del libro tercero del Código Civil de Cataluña (persona jurídica) corrige en parte los déficits de la ley catalana 5/2001 anteriormente señalados. Además de establecer una cuantía mínima de 60.000 euros de dotación inicial, la nueva ley exige —tal como hemos dicho en el apartado 1 de este artículo— que las fundaciones que se aprueben cumplan con unas garantías

mínimas de efectividad y solvencia. Por eso se pide a los fundadores —como trámite previo a la inscripción de la fundación— un programa de viabilidad económica con la previsión de ingresos y gastos de los dos primeros años de funcionamiento de la fundación, así como una relación de las actividades que ésta llevará a cabo. Esta previsión es una buena medida que conecta con los principios de transparencia y profesionalidad y contribuye a garantizar una cierta solvencia del concreto proyecto fundacional sometido a inscripción (5) .

### **1.5. Régimen de autorizaciones de negocios jurídicos**

En esta materia, la nueva Ley 4/2008 (LA LEY 4691/2008) se aparta del proyecto aprobado en su día por el gobierno y no exige, por lo general, la autorización, por parte del Protectorado, para realizar actos dispositivos sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles y bienes muebles de valor extraordinario de las fundaciones, requiriendo una simple comunicación *a posteriori* (6) . Creo que la exigencia de esta autorización hubiera evitado abusos que a veces se dan con la especulación de los bienes dotacionales. Éste es un elemento importante, ya que algunas de las irregularidades que últimamente ha detectado el Protectorado han sido, precisamente, gracias al control previo de operaciones de venta efectuadas por parte de fundaciones sometidas a la antigua Ley de 1982 de fundaciones catalana, la cual respecto a este punto era más exigente. Con estos controles se han podido detectar en algún caso ventas por debajo de los precios de mercado y, sobre todo, ventas totalmente injustificadas que no respondían a ningún criterio de mejor cumplimiento de fines. La intervención preventiva del Protectorado en esta materia hubiera sido posible, teniendo en cuenta la figura del silencio positivo que el Proyecto gubernamental establecía para el caso de que el Protectorado no diese puntual y rápida respuesta. Se puede discutir el plazo del silencio, pero creo que el control *a posteriori*, que obviamente no afecta a terceros de buena fe, no soluciona el problema. Tampoco se entiende que tal medida pueda ser considerada una traba al tráfico mercantil de las fundaciones. ¿Es que el tráfico normal de las mismas es venderse su patrimonio? ¿Es ésta la normalidad, o, por contra, tiene que ser la excepción?

En cambio, el artículo 21 de la Ley estatal 50/2002 (LA LEY 1789/2002), de fundaciones, establece que los actos de enajenación, onerosa o gratuita, o de gravamen, de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o de los directamente vinculados al cumplimiento de las finalidades fundacionales, requerirán la autorización del Protectorado. En este mismo sentido, Inglaterra, Francia, Dinamarca, Austria y algunos *landers* alemanes, también exigen, en menor o mayor manera, actos de previa autorización.

### **1.6. Fragmentación de la actividad fundacional: Fomento de fondos especiales**

El Protectorado debería estimular la disminución de la fragmentación del sector a fin de aunar los esfuerzos de aquellas entidades que persiguen la misma finalidad y que por sí solas no la pueden conseguir. Por ello, debería fomentarse la figura de los fondos especiales como mecanismo de aportación de fondos dotacionales a fundaciones ya existentes, evitando, con eso, la constitución de una nueva. En este sentido, es ilustrativa la noticia aparecida recientemente en los medios de comunicación respecto a que Warren Buffet, el hombre más rico del mundo, según la revista *Forbes*, ha anunciado que dará el 85% de su fortuna a una fundación ya existente, en concreto a la Fundación Bill y Melinda Gates y también a otras fundaciones, en acciones de su compañía, Berkshire Hathaway (7) . Esta renuncia a crear una nueva fundación (a pesar de que en este caso, dado el valor económico de la aportación, obviamente, una nueva fundación tendría razón de ser) y la voluntad de coadyuvar en otras ya existentes son un buen ejemplo en aras a hacer más eficaz este sector de la filantropía o tercer sector, hoy emergente.

### **1.7. Falta de medios del Protectorado**

Todas las mejoras que se introducen en el ámbito de la transparencia de la actividad fundacional

refuerzan la función social de estas entidades. La transparencia es fundamental en aquellas organizaciones que gestionan recursos de terceros (recursos que tanto pueden ser: la propia dotación, las subvenciones que reciben de la Administración, como las aportaciones de la ciudadanía y/o de entidades privadas). Ahora bien, esta transparencia que es del todo necesaria para generar confianza social —en tanto posibilita el control por parte de la ciudadanía y de los donantes de la fundación— no tiene que impedir la existencia de un Protectorado fuerte como, a mi entender, debe ser. Lo que ocurre es que el Protectorado tradicionalmente no ha dispuesto de mecanismos suficientes para hacer frente al incumplimiento de las fundaciones, y en todo caso no tiene al alcance dispositivos que impliquen intervenciones imperativas, como ocurre en otros ámbitos de actuación de la Administración pública en los que sí se disponen de mecanismos de ejecución forzosa y sancionadores.

En materia fundacional, y de acuerdo con la legislación aplicable, la coerción imperativa está reservada al poder judicial. La sentencia judicial cesará en su cargo al patrono incumplidor, acordará la intervención temporal de la fundación o determinará su disolución. El Protectorado queda, por lo tanto, al margen de una efectiva potestad de intervención, traspasándose a los Juzgados, ya suficientemente saturados, la tarea de control efectivo. En la práctica, ello se traduce en que sólo se acudiría a la intervención judicial en casos flagrantes en los que la actuación de los patronos o gestores de la fundación sea evidente y grave, y esté debidamente documentada. Por eso, vemos que los Protectorados españoles casi nunca actúan judicialmente contra las fundaciones que presuntamente comenten irregularidades y se limitan, solamente, a efectuar requerimientos de buena fe que serán, o no, atendidos en función de la buena voluntad de las fundaciones incumplidoras.

Obviamente, la cuestión no se centra en aquellos que actúan de buena fe, que son la mayoría, sino, precisamente, en quienes lo hacen al margen de la legalidad y del interés general, que tiene que perseguir, ineludiblemente, la actividad fundacional. Es evidente que el mundo fundacional opera más por la confianza que despierta en la sociedad que no porque existan datos concretos sobre su eficiencia o sobre el control efectivo del mismo (8) .

A pesar de las expresadas deficiencias, en los últimos tiempos algunos Protectorados —como es el caso del de Cataluña— han intensificado las funciones de control y se ha podido detectar la existencia de fundaciones que no alcanzan un grado suficiente de actividad de interés general, y otras que confunden el patrimonio fundacional con el patrimonio privado de sus gestores. Esta situación ha provocado que a partir de 2005 el Protectorado de la Generalidad de Cataluña pusiera en conocimiento del Departamento de Economía y Finanzas y de la Agencia Tributaria la comisión, por parte de un número significativo de fundaciones, de presuntas irregularidades que pudieran tener implicaciones fiscales. Asimismo se demandó a 60 de ellas, con el fin de instar su disolución, puesto que no cumplían con ninguna de sus obligaciones legales y/o estaban absolutamente inactivas (9) .

## **2. INSTRUMENTOS DE CONTROL DE QUE SE VALE EL PROTECTORADO DE FUNDACIONES**

En los últimos años, parte de los responsables de los diferentes Protectorados, tanto españoles como europeos, se plantean si los mecanismos actuales de control de las fundaciones son suficientes y adecuados para ejercer las funciones que el legislador ha encomendado a estos órganos de la Administración Pública.

### **2.1. Funciones del Protectorado**

Es necesario abordar un replanteamiento del papel del Protectorado y del mundo fundacional para hacer frente a los nuevos retos de la sociedad actual en la que las ONG (entre las que destacan las fundaciones) tienen cada vez más peso económico. La intervención de la Administración en la actividad fundacional no sólo 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 que en virtud del juego de las mayorías —como ocurre en las asociaciones— 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 (art. 103 CE (LA LEY 2500/1978)).

Las funciones que desarrollan la mayoría de los Protectorados son las siguientes:

- a)** Velar para que la actuación de las mismas se ajuste a la persecución del interés general, mediante la verificación de las cuentas anuales.
- b)** Velar por el cumplimiento de las obligaciones estatutarias y legales, como sería la de destinar el 70% de los rendimientos de las fundaciones a fines de interés general.
- c)** Llevar el registro de fundaciones con la consecuente inscripción de las fundaciones, las delegaciones de las fundaciones extranjeras y los fondos especiales, así como las modificaciones de los estatutos, la fusión, la escisión y la disolución de las fundaciones.
- d)** Autorizar determinados actos de trascendencia económica de las fundaciones legalmente predefinidas (el régimen de autorizaciones no es homogéneo en todos los Protectorados, pero conviene destacar esa función por su relevancia).
- e)** Asesorar a las fundaciones.
- f)** Ejercer la acción de responsabilidad, de impugnación o de intervención, contra actuaciones contrarias a las leyes o los estatutos.

Una simple lectura de esas funciones ya permite concluir que el Protectorado, ante las actuaciones irregulares de los miembros de los patronatos, deberá requerir el auxilio de la autoridad judicial a fin de resolver la situación, al no existir otros mecanismos de respuesta administrativa que serían más resolutivos y de menor trascendencia. Esta judicialización, además de no posibilitar soluciones rápidas, requiere someterse a un proceso complejo en que el Protectorado deberá comparecer con todos los hechos de los que pretenda valerse, perfectamente acreditados en soporte documental, circunstancia ésta que no siempre será fácil teniendo en cuenta que la ley no contempla la facultad de inspección.

A la vista de lo expuesto queda patente la insuficiencia de los instrumentos de control del Protectorado, por lo que desde una perspectiva de gestión pública debería plantearse, como elemento coadyuvante de otros mecanismos menos coercitivos, un régimen administrativo de control, inspección y sanción.

## **2.2. Mecanismos de control, inspección y sanción**

El régimen legal de las fundaciones se encuentra básicamente regulado por el ordenamiento civil. A algunos civilistas les cuesta admitir la palabra control y menos aún sanción en sede fundacional, toda vez que son partidarios de una concepción ultraliberal en la que el Estado debe intervenir lo menos posible. Esta posición no es coherente con el papel que la Constitución otorga a la Administración en la defensa y gestión de los intereses públicos. Se debe tener en cuenta que el hecho de que las fundaciones persigan finalidades de interés general aporta un elemento substancial respecto de otras entidades privadas ajenas a este interés general, circunstancia ésta que justifica la intervención de la Administración y, por consiguiente, la posibilidad de establecer un régimen sancionador en manos del Protectorado.

En esa perspectiva de dotar de mayor protagonismo al Protectorado, el nuevo Libro Tercero del

Código Civil de Cataluña prevé —como hemos anunciado al principio— el despliegue de una ley del ejercicio de funciones del Protectorado. Sin perjuicio de las referenciadas funciones comunes a todos los Protectorados, es evidente que al plantearnos el papel del Protectorado en este siglo XXI deberíamos considerar la regulación de la inspección y de un régimen sancionador. Con eso no se defiende que el Derecho administrativo sancionador tenga que ser el eje de actuación e intervención del Protectorado. Evidentemente no, pero es necesaria esta herramienta de prevención —aunque sea de forma complementaria a las medidas de fomento— si lo que queremos es hacer más eficaz la actuación del Protectorado.

Como ha señalado recientemente Alejandro NIETO (10), el Derecho administrativo sancionador se tiene que orientar hacia la prevención del riesgo, que es donde el Derecho administrativo adquiere sustantividad propia —como gestor del riesgo— frente al Derecho penal represor y al Derecho civil de responsabilidad. El ejemplo que pone NIETO en su artículo es clarificador

«El hecho de circular con semáforo rojo constituye una infracción aunque no se produzca ningún accidente; mientras que pueden producirse accidentes y daños indemnizables incluso respetando escrupulosamente las señales de tráfico.»

En definitiva, lo que pretende el moderno Derecho administrativo sancionador es reducir los múltiples riesgos que la complejidad de la sociedad actual nos presenta. Por eso, no se trata de actuar cuando se hayan producido daños para aplicar el instituto de la indemnización, sino de eliminar, en lo posible, estos riesgos.

(1) El Tribunal Constitucional en Sentencia de 22 de marzo de 1988 (49/1988) (LA LEY 3669-JF/0000) en su fundamento de Derecho 5.º (LA LEY 3669-JF/0000) resalta el papel del Protectorado en el aseguramiento de los fines fundacionales en los términos siguientes: *«Este último precepto se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula en 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, en el 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».*

- (1) Según datos del Protectorado de la Generalitat de Cataluña, dependiente del Departamento de Justicia, desde el 1 de enero de 1999 hasta la actualidad se han prácticamente duplicado el número de fundaciones existentes en Cataluña (en fecha 31/12/1999 existían 1.355 fundaciones inscritas, y a finales de 2007 se habían inscrito 2.391).
- (2) Ley derogada en su práctica totalidad por la ley 4/2008, de 24 de abril, aprobatoria del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña relativo a personas jurídicas.
- (3) No hay que olvidar, por otro lado, que la fundación tiene como característica principal un patrimonio afectado a un fin de interés general, mientras que la asociación tiene como elemento esencial la existencia de un colectivo de personas agrupadas en una entidad jurídica. Sin embargo, cada vez más coexisten una minoría de fundaciones exclusivamente patrimoniales con una mayoría de fundaciones que son también captadores de fondos.
- (4) CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998, pág. 260: «... el nuevo rol del Protectorado ha de estar 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...».

- (5)** A pesar de ello, en mi opinión el plazo ideal hubiera sido el de tres años (tal como constaba en el Proyecto aprobado para el gobierno de la Generalitat) ya que un plazo de tres años es el mínimo para poder valorar la solvencia y perspectivas del proyecto fundacional. La información que se pueda dar con respecto a los dos primeros años no resulta del todo fiable, toda vez que ésta se centra, básicamente, en el posicionamiento de la fundación en el sector y, muchas veces, éste consiste en pedir ayudas, subvenciones, patrocinios, contactos, etc. Por lo tanto, es, precisamente, en las previsiones de este tercer año, donde podremos ver cuáles son los proyectos que se configuran como una actividad normalizada de la fundación. Y es a partir de este plazo que podremos tener una información que nos podrá ayudar a valorar la solvencia y seriedad del proyecto.
- (6)** El artículo 333.1 del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 4/2008, establece que la comunicación al Protectorado de los actos de enajenación y gravamen de los bienes y derechos que integran el patrimonio de las fundaciones se deberá efectuar en el plazo de 30 días hábiles a partir del momento en que se realizan.
- (7)** MARCO BASSETS, «Llega la revolución filantrópica», *La Vanguardia*, 9 de abril de 2008.
- (8)** Según el estudio realizado por la empresa de comunicación Edelman (Edelman Trust Barometer 2008) las ONG son las instituciones que disfrutan de mayor nivel de credibilidad (51% de los encuestados españoles confían en ellas, mientras que solamente el 37% lo hacen con la Administración Pública. En Suecia, curiosamente, el porcentaje es a la inversa: el 63% confía en la Administración y solamente el 30% en las ONG).
- (9)** Estos datos han sido facilitados por el Protectorado de Fundaciones de la Generalitat de Cataluña.
- (10)** Alejandro NIETO, «Régimen sancionador de las Administraciones públicas: últimas novedades. Pasos recientes del proceso substantivizador del Derecho administrativo», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 14, junio 200, págs. 7-13.