

EL ORGANISMO DE GOBIERNO DE LAS FUNDACIONES DE INTERES GALLEGO. NOTAS EN TORNO AL PATRONATO

ANTONIA NIETO ALONSO
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Santiago

SUMARIO: I. INTRODUCCION: JUSTIFICACION DE LA NECESIDAD DE UN ORGANISMO DE GOBIERNO. II. COMPOSICION. 1. Nombramiento y aceptación de los patronos. 2. Reserva vitalicia por el fundador del ejercicio de competencias asignadas a los órganos de gobierno. 3. El carácter colegiado del Patronato. 4. La capacidad de obrar de los patronos y las prohibiciones. 5. La posible integración de las personas jurídicas en el órgano de gobierno. 6. Delegación de facultades y nombramiento de apoderados generales o especiales. Las vacantes. 7. Asunción de la gestión por el Protectorado. III. EL EJERCICIO DEL CARGO DE PATRONO. 1. La gratuidad del cargo sin perjuicio del derecho de reembolso de gastos. 2. Reuniones y acuerdos. 3. Competencias generales. 4. Obligaciones. 5. Medidas cautelares. 5.1. Suspensión. 5.2. Otras medidas cautelares. 5.3. El cese de los patronos. 6. Responsabilidad. 6.1. Responsabilidad ante la fundación. 6.2. En relación a la acción de responsabilidad. IV. LA INTERVENCION DEL PATRONATO EN LA CONTABILIDAD Y PRESUPUESTOS. 1. Formulación de un inventario-balance. 2. Memoria. 3. Presupuestos. V. SOBRE LA PARTICIPACION DEL ORGANISMO DE GOBIERNO EN LA MODIFICACION, TRANSFORMACION, EXTINCION Y LIQUIDACION DE LA FUNDACION. VI. EN TORNO AL PATRONATO DE UNA FUNDACION NO INSCRITA. FACULTADES Y RESPONSABILIDADES.

I. INTRODUCCION: JUSTIFICACION DE LA NECESIDAD DE UN ORGANISMO DE GOBIERNO

“En toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma”, señala el art. 12.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Y esta disposición es de las de directa aplicación en todo el Estado al amparo de lo previsto en el art. 149.1.1.^a de la Constitución, constituyendo, además, una de las condiciones básicas del derecho de fundación reconocido en el art. 34, en relación con el 53, de la Carta Magna (1).

(1) En este sentido, *vid.* la Ley 30/1994, en su Disposición final primera, *Aplicación de la Ley*, punto 1, en tanto en cuanto son *condiciones básicas del derecho de fundación* y conciernen al concepto legal de fundación: los beneficiarios, la capacidad de constitución y sus modalidades, *la exigencia de un órgano de gobierno y representación* —art. 12.1, al que me refiero—, las causas de extinción y sus formas y los fines del Protectorado.

Recuerda el profesor DE CASTRO, “La fundación como la Asociación, es *persona representata*. El órgano mediante el que actúa es su *Patronato*”. *Vid.*, DE CASTRO y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1984, p. 302. Primera edición, 1981.

El ejercicio del derecho de fundación se contempla regulado sucintamente en el art. 34 de la Constitución con tan sólo dos limitaciones —la reserva de ley y la finalidad de interés general—. En cuanto a la reserva legal —ley formal—, se cumple debidamente a través de la ley autonómica, que deberá respetar en todo caso el contenido esencial del derecho de fundación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.1 CE. Su encaje sistemático corresponde al título I, *De los derechos y deberes fundamentales*, Capítulo Segundo, *derechos y libertades*, Sección 2.^a, *De los derechos y deberes de los ciudadanos*. Dispone el art. 34 CE: “1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley. 2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del art. 22”. Mediante dicha remisión se está corroborando la idea tradicional de considerar a la fundación como corolario del derecho de asociaciones, en cuanto se le aplica su mismo régimen de garantías en dos aspectos fundamentales: uno, prohibición de su constitución siempre que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito, y otro, necesidad de resolución judicial motivada para su disolución o suspensión de actividades. Esta misma connotación —“corolario del derecho de asociaciones”— la tiene el derecho de fundación respecto al derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, Fundamento Jurídico 5.º señala: “... el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto Constitucional inmediatamente después del art. que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33 CE). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las garantías establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados...”.

El art. 53.1 de la CE establece que “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá *respetar su contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1. a)”.

Artículo homólogo al 12.1 de la Ley 30/1994, es el art. 12 de la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego: "Las fundaciones se regirán por el *órgano de gobierno* establecido por el fundador, que ostentará su representación y abarcará todas las facultades que sean necesarias para la realización de los fines fundacionales" (2).

Con estas observaciones trato de recalcar que la existencia de un órgano de gobierno en las fundaciones es elemento imprescindible para que se entienda respetado el contenido esencial del derecho de fundación, que respondan a la concepción que la sociedad tiene de ellas y, por lo tanto, que se les otorgue una *garantía institucional*. La expresión *garantía de instituto* procede de un famoso y ya clásico artículo de Martin Wolff, año 1923, a propósito de la Constitución de Weimar. Concepto que perfeccionará Carl Schmitt hasta convertirlo, ampliando su alcance, en *garantía institucional*. Este término ha sido explícitamente acogido por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 32/1981, de 28 de julio, que lo aplicó a propósito de la Provincia. Considera el TC que esta *garantía institucional* supone la voluntad del constituyente de preservar una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.

Vid. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Constitución, fundaciones y Sociedad Civil", artículo publicado en el libro: *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1992, pp. 356-358. Este mismo artículo de GARCIA DE ENTERRIA aparece en la *Revista Administración Pública*, núm. 122, 1990.

Sobre esta cuestión, vid. PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Régimen Jurídico de las fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1992, pp. 10 y 11.

En este sentido, RUBIO LLORENTE manifiesta que "el art. 34 (derecho de fundación), si es algo es una *garantía de instituto*", *Presente y Futuro de las fundaciones*. Obra coordinada por R. DE LORENZO GARCIA y M. A. CABRA DE LUNA, Madrid, Civitas, 1990, p. 246.

Todo sin perjuicio de reconocer que se trata de un concepto, el de fundación, delimitado por la doctrina y jurisprudencia (STC 49/1988 [RTC 1988, 49]).

(2) La ley catalana de fundaciones privadas, Ley 1/1982, de 3 de Marzo, dispone que cualquier fundación debe contar *por lo menos* con un órgano de gobierno con el nombre de Patronato... Patronato que tiene la representación de la fundación, la cual comprende todas aquellas facultades que sean necesarias para la realización de las finalidades fundacionales (vid. art. 11). Considero que al especificar "... *por lo menos*..." no excluye la existencia de *gobiernos compartidos*.

La ley canaria de fundaciones, Ley 1/1990, de 29 de enero es, en este sentido, más rígida al referirse a un *Patronato* como órgano de gobierno, vid. art. 9. También la ley vasca de fundaciones, Ley 12/1994, de 17 de junio, señala que en toda fundación sujeta a esta Ley existirá un órgano de gobierno que *podrá* adoptar la denominación de "Patronato" u otra similar (vid. art. 10). La Ley huye deliberadamente de la denominación tradicional de "Patronato", posibilitando, no obstante, la utilización de dicho término. Insiste en lo mismo su Preámbulo, en el punto II. Pero una afirmación así, hemos de tomarla *cum granum salis*, porque el art. 12.1 de la Ley 30/1994 es de directa aplicación en todo el Estado al amparo de lo previsto en el art. 149.1.1ª de la propia Constitución (vid. Disposición final primera 1, y el art. 12.1 impone, precisamente, la *denominación de Patronato* para el órgano de gobierno).

Como se ha señalado, la legislación fundacional reconoce la necesidad de un órgano de gobierno y, además, como uno de los contenidos esenciales de la persona jurídica tipo fundación (3).

Solvente doctrina en el campo del derecho de fundación se manifiesta en este sentido, así: HONDIUS y VAN DER PLOEG afirman que: "... prácticamente en todos los regímenes fundacionales se requiere, en el momento de constituirse estas personas jurídicas, que existan instrucciones dadas sobre la manera de ser administrada y de las personas a las que corresponde la administración" (4).

La copiosa legislación en torno a la organización de las fundaciones no merece más que nuestros plácemes, máxime cuando el Código civil ha abandonado su tratamiento en favor de otros aspectos de la persona jurídica (5). Las previsiones de organización vendrán dadas por el fun-

La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Ley 1/1973, de 1 de marzo, se refiere al Patronato dando por supuesto que se trata del órgano de gobierno, refiriéndose expresamente a las *Facultades del Patronato* en la ley 46.

(3) No en vano O'CALLAGHAN MUÑOZ afirma que "el concepto de persona jurídica se centra en el concepto de *organización* y en el carácter de persona, con capacidad jurídica y capacidad de obrar". Vid. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, comentando el art. 993 Cc, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 2359.

Por su parte, DE PRADA GONZALEZ señala el elemento *organizativo* como uno de los caracteres diferenciales entre las asociaciones y las fundaciones. En las fundaciones está pergeñado quiénes son los *órganos de gobierno*, composición, actuación y facultades, mientras que en las instituciones de carácter asociativo siempre queda la posibilidad de acudir a la voluntad de los socios. Vid. DE PRADA GONZALEZ, José María, "La organización y funcionamiento de las fundaciones", en *Presente y Futuro de las fundaciones*, obra coordinada por M. DE LORENZO GARCIA y M. A. CABRA DE LUNA, Madrid, Civitas, 1990, p. 187.

La importancia de la *organización* se deduce de la definición que otorga a la persona jurídica tipo fundación el profesor DE CASTRO, que concibe a la fundación como "... la personificación de la *organización*, instituida y reglada por el fundador, para realizar el fin benéfico al que se destina una masa de bienes". Vid. DE CASTRO y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1984, p. 293, 1.ª edición, 1981.

Destaca también el elemento organizativo TOMAS Y VALIENTE: "... Pero sí quiero opinar por mi cuenta y riesgo que considero un acierto la relevancia que el art. 1.1 de la Ley de Fundaciones otorga al elemento organizativo, hasta el punto de haberlo colocado en un primer término". Vid., TOMAS Y VALIENTE, Francisco, en el "Estudio Previo" que realiza a la obra: *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, Pons, 1995.

Nótese que el art. 1.1 Ley 30/94 establece que: "Son Fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de un modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general."

(4) Vid. HONDIUS, Frits W., "Proyecto de Capítulo sobre fundaciones", en la *International Encyclopedia of Comparative Law*, Strasbourg, 1991, vol. 13.

(5) En este sentido, la STS de 16 de marzo de 1920 sienta en su segundo Considerando: "... los artículos del Código civil establecen el régimen legal de las personas jurídicas en orden a su funcionamiento, capacidad civil, propiedad, obligaciones y personalidad, pero no en orden al número, condiciones y atribuciones de sus presidentes,

dador, por las personas en quienes delegue estas facultades y, sobre todo, serán las leyes de fundaciones las que se ocupen de solventar la laguna de nuestro Código civil en esta cuestión que nos ocupa (6).

Esta omisión legislativa ha sido solucionada, fundamentalmente, a partir del art. 34 de la CE que, con evidente novedad en el Constitucionalismo Español e Internacional, reconoce el derecho de fundación. Punto de partida esencial para que las Comunidades Autónomas, por medio de sus respectivos Estatutos de Autonomía contemplen a las fundaciones entre las materias sobre las que pretenden legislar (7). El resultado de este proceso han sido las leyes fundacionales autonómicas que han surgido, representando la Ley 30/1994 su óptima culminación (8).

directores, juntas y demás *organismos*". Vid. STS de 16 de marzo de 1920, *Jurisprudencia Civil*, enero-marzo, 1920, t. 149, núm. 97.

(6) Lagunas del Código civil que reconocía el profesor DE CASTRO cuando afirmaba que "hasta época bien reciente, la fundación ha sido figura jurídica descuidada por nuestra doctrina. A la que se une el desinterés del legislador, que si bien la menciona en el Código civil, abandona después su regulación a viejas disposiciones administrativas. Lo que hiciera que se le considerase de poco interés, gris y abandonada en los límites imprecisos de lo civil y lo administrativo". Vid. DE CASTRO y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1984, p. 291 —1.ª edición, 1981.

(7) Ya que el objeto del presente estudio son las fundaciones de interés gallego, destaco el art. 27.26 del Estatuto de Autonomía de Galicia referido a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre las fundaciones de interés gallego. El Estatuto de 1936 había establecido una amplia competencia de la Región gallega sobre el régimen de las "fundaciones y de los servicios de asistencia social", art. 14 m).

Vid. CAFFARENA LAPORTA, Jorge, "Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones", en *Competencia en materia Civil de las Comunidades Autónomas*, obra coordinada por MORENO QUESADA, Bernardo, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 25-41. En particular, SANDE GARCIA, Pablo, "Comentario al art. 27.26 del Estatuto de Autonomía Gallego", en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, dirigidos por CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, José Luis, pp. 471 y 472. Del mismo autor, SANDE GARCIA, vid. "Fixación Legal das Competencias Estatutarias en materia de Derecho Civil de Galicia e de fundacións de Interese Galego", en *Estudios sobre o Estatuto Galego*, Santiago, Escola Galega de Administración Pública, 1991, pp. 537-542. Vid., también LORENZO MERINO, Fernando José, "El Derecho Civil de Galicia y la Constitución de 1978", en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 2, 1994, pp. 92 y 93.

(8) Precisamente, la Exposición de Motivos de la Ley 30/1994, punto II, advierte que dirige sus objetivos, además de a unificar el régimen aplicable a todas las fundaciones, garantizando el cumplimiento de los fines fundacionales que han de ser de interés general, a: "Acomodar la regulación de las fundaciones a la Constitución y a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas".

En relación a las fundaciones y la Constitución Española, vid. RICO PEREZ, Francisco, *Las fundaciones en la Constitución Española*, edición del Ilustre Colegio de Abogados de Toledo, 1982. LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Las fundaciones en la Constitución Española de 1978", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1455-1467. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "Constitución, fundaciones y Sociedad Civil", *Revista Administración Pública*, núm. 122, 1990. PIÑAR MAÑAS, José Luis, "Las fundaciones y la Constitución

Partiendo de que el fin de interés general es elemento esencial de la fundación —cfr. arts.: 34.1 y 53.1 CE—; para su realización nada mejor que una buena *organización*. Como señala LOPEZ JACOISTE (9), el Patronato es “órgano de efectuación del fin”, llamado a verificar, con sucesivos actos de voluntad, el fin fundacional, pero necesitado de un querer que le haga efectivo a través del tiempo, el Patronato no decide con autonomía absoluta; no es soberano, es sirviente, pues no puede actuar sino en el sentido marcado por el fin. Es, según el autor citado, un *officium* para un destino determinado, la voluntad del patrono es una voluntad institucional y objetivada, según él. Pero piénsese que tampoco la voluntad del fundador es omnipotente y soberana como reiteradamente se señala y ha puesto de manifiesto nuestro Tribunal Supremo en una conocida sentencia de 20 de diciembre de 1985 (RJA, núm. 669 de 1986). El mismo Alto Tribunal define el órgano de gobierno de la persona jurídica fundacional como el “... llamado a regirla y a interpretar, según la mente del fundador, las dudas que en la marcha de la fundación puedan surgir, y, con ello, a mantener con la mayor precisión posible el espíritu que anima al referido fundador...”: STS de 13 de mayo de 1948 (RJA, 679).

II. COMPOSICION

1. Nomenclatura y aceptación de los patronos

Conviene no descuidar, en este apartado, lo que la ley dispone en torno a la escritura de constitución, testamento, en su caso, estatutos y Registro. Todos ellos “instrumentos” de excepcional trascendencia a la

Española”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al profesor García de Enterría, Madrid, Civitas, 1991, t. II, pp. 1301-1336; también, del mismo autor: “Las fundaciones en el marco constitucional”, en *Hacia una nueva Ley de fundaciones*, Santander, fundación Marcelino Botín, 1992, pp. 59-76. MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Las fundaciones en la Constitución”, en: *Presente y futuro de las fundaciones*, obra coordinada por DE LORENZO GARCIA y CABRA DE LUNA, Madrid, Civitas, 1992, pp. 19-32. CAFFARENA LAPORTA, Jorge, “Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones”, en *Competencia en materia Civil de las Comunidades Autónomas*, obra coordinada por MORENO QUESADA, Bernardo, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 25-41.

(9) Vid. LOPEZ JACOISTE, José Javier, “La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones”, en *Revista de Derecho Privado*, 1965, pp. 595 y 596. Sobre este carácter esencial del fin, vid. CAFFARENA LAPORTA, Jorge, *El régimen jurídico de las fundaciones. Estudio para su reforma*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1991, pp. 73-96.

hora de dar cumplida respuesta al epígrafe: "Nombramiento y aceptación de patronos".

La Ley gallega 7/1983 reconoce que las fundaciones pueden constituirse por actos *inter vivos* y *mortis causa* —art. 3.2—. Aclarando en el art. 4 que la constitución por actos *inter vivos* deberá hacerse mediante escritura pública en la que constará la carta fundacional y que en el acto fundacional *mortis causa* el fundador puede otorgar por sí mismo la carta fundacional o designar a otras personas para su otorgamiento las cuales deberán pedir su inscripción en el Registro cumpliendo los requisitos establecidos en la presente ley.

La designación de las personas naturales o jurídicas que deban constituir el órgano de gobierno inicial de la fundación, es uno de los extremos que se comprenden en la escritura pública de la carta fundacional, sin perjuicio de todas las condiciones lícitas que los fundadores establezcan, art. 5 e). En los estatutos, también comprendidos en el contenido de la carta fundacional, art. 5 c), figura el órgano que tenga a su cargo la representación y gobierno de la fundación, con expresión de su régimen, composición, reglas para la designación y renovación de sus miembros, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos, art. 6 e).

La carta fundacional y los estatutos son circunstancias expresadas en la primera inscripción de clasificación y reconocimiento de la fundación, art. 34 a) y c) del reglamento gallego de organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego, Decreto 248/1992, de 18 de junio (10).

El reglamento gallego se refiere a la *aceptación* del cargo de patrono exigiendo que para iniciar el ejercicio de sus funciones, los miembros de los órganos de gobierno de las fundaciones deberán

(10) La posibilidad de constituir fundaciones *inter vivos* y *mortis causa* resulta del art. 7 de la Ley 30/1994; art. 6.1 y 2 de la Ley catalana, 1/1982; art. 3, Ley canaria, 1/1990; art. 5.1 y 2, Ley vasca, 12/1994.

Sobre la identificación de las personas que integran el órgano de gobierno, reglas de designación, sustitución, cese, atribuciones y forma de deliberar y adoptar acuerdos, así como su constancia en escritura de constitución, estatutos y Registro, la legislación nacional y autonómica se manifiesta en términos similares, en su esencia, a los indicados en relación a la legislación gallega fundacional, en este sentido *vid.* Ley 30/1994, arts. 8 e), 9 e) y 36.3; Ley catalana, 1/1982, arts. 8 e), 9 e) y 10; Ley canaria, 1/1990, arts. 5 e), 6 e) y 4 2; Ley vasca, ley 12/1994, arts. 6 e), 7.1 d) y g) y 40.2. En la Compilación Navarra, Ley 1/1973, ley 44 se dispone que la fundación por acto *inter vivos* debe hacerse en escritura pública, en la que consten los estatutos que determinen el *nombramiento*, renovación, funcionamiento y atribuciones del Patronato. En las fundaciones por acto *mortis causa*, el fundador puede ordenar por sí mismo los estatutos o encomendar su ordenación, total o parcialmente, al primer Patronato o a otras personas.

aceptar el nombramiento. Esta aceptación puede hacerse constar en el otorgamiento de la carta fundacional, en documento público independiente o en certificación del Patronato, con las firmas del secretario y presidente, y se hará constar en el Registro de fundaciones (*vid.* art. 7) (11).

La aceptación del cargo resulta especificada en la redacción de la Ley 30/1994 que exige aceptación expresa en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de fundaciones. Dicha aceptación se inscribirá en el mencionado Registro (*vid.* art. 13). Novedosa resulta la comparecencia personal en el Registro de fundaciones. La aceptación del cargo de patrono, antes, sólo podía hacerse en escritura pública o en otro documento con firma legitimada. La aceptación del cargo de secretario del Patronato, que no sea patrono, no está sometido a los requisitos anteriores ni a la inscripción en el Registro, salvo que reglamentariamente se establezca lo contrario.

2. Reserva vitalicia por el fundador del ejercicio de competencias asignadas a los órganos de gobierno

Parece, ésta, una excepción al carácter colegiado del Patronato; en este caso se admite una *dirección unipersonal* de la fundación. Expresivo de esta afirmación es lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 11/1991 de fundaciones Gallegas, de reforma de la Ley 7/1983, que introduce la exigencia de cargo colegiado, añadiendo, y aquí está el *quid*: "... salvo en el caso de que el fundador, en vida, reserve para sí el ejercicio de todas las competencias de gobierno, buscando una mayor protección de la voluntad fundacional".

La reserva vitalicia por el fundador, *persona física*, en los términos enunciados aparece con toda claridad en la Ley gallega, 11/1991. El art. 13, después de establecer la composición mínima de tres miembros señala que, no obstante, los fundadores que sean personas físicas podrán reservar para sí con carácter vitalicio el ejercicio de todas las competencias asignadas a los órganos de gobierno de la fundación. Podría deducirse que esa reserva del fundador sería la única excepción que se admitiría al carácter colegiado del órgano, esto no es así porque

(11) *Vid.* sobre este punto: Ley catalana, 1/1982, art. 11; Instrucción catalana, Decreto 160/1982, núm. 21. Ley canaria, Ley 1/1990, art. 10. Ley vasca, Ley 12/1994, art. 12.

en el art. 13.1 se deja a salvo lo dispuesto en los estatutos. Insiste en este carácter excepcional al principio de la colegiación del Patronato el art. 5.1 del Reglamento gallego de fundaciones: "... salvo en el caso de reserva vitalicia del fundador... el Patronato tendrá carácter colegiado...".

Nótese que ni la Ley catalana, 1/1982, ni la Ley canaria, 1/1990, tampoco la Compilación Navarra, Ley 1/1973, contemplan la reserva durante su vida que puede hacer el fundador que sea persona física, que sí plasma la Ley vasca, 12/1994, art. 10.4.

En la Ley 30/1994 no aparece la reserva por el fundador, el art. 13.1 exige un mínimo de tres miembros para el Patronato, guardando silencio sobre esta cuestión —excepcionando al carácter colegiado la reserva vitalicia—. Pero este art. no aparece relacionado expresamente en la Disposición final primera de la Ley 30/1995 que se refiere a la *aplicación de la ley*, luego, al no citarse el art. 13, se entiende que se aplica, de dicha Disposición final primera, el apartado 5 cuando dice: "Los restantes preceptos de la ley serán de aplicación a las fundaciones de competencia estatal", entonces en las fundaciones gallegas y vascas se admitiría sin trabas ni dudas esa reserva.

En relación a las fundaciones a las que se refiere el Decreto 2930/1972, de fundaciones culturales, nos encontramos con la posibilidad de *dirección unipersonal* de la fundación, reserva vitalicia del fundador persona física en el art. 9.3. Decreto de 1972, que se entiende derogado en cuantas disposiciones se opongan a la Ley 30/1994, según la Disposición derogatoria única. Podría pensarse que la reserva por el fundador sí se opondría al carácter colegiado del cargo que exige el art. 13 de la Ley 30/1994, pero insisto, este art. puede permitir una interpretación amplia, en otro caso se comprendería expresamente en el elenco de arts. que la Disposición final primera considera de directa aplicación en todo el Estado al amparo de lo previsto en el art. 149.1.1.^ª de la propia Constitución.

Si bien es verdad que el art. 3 del Cc tiene en cuenta, en su misión hermenéutica, "... los antecedentes históricos y legislativos...", y el Decreto 2930/1972 lo es. No es menos cierto que también el art. 3 del Código, atiende fundamentalmente: "... al espíritu y finalidad de las normas", este criterio teleológico o finalista podría hacer variar estas consideraciones. Y el espíritu del legislador parece que ha sido el prescindir de ese *Patronato unipersonal*, al establecer la colegiación en el art. 13.1 de la Ley 30/1994.

En todo caso, no se debe ignorar el principio general del respeto a la voluntad del fundador, y en este sentido, el art. 9.1. f) de la Ley

30/1994 dice que en los estatutos se pueden consignar cualesquiera disposiciones y condiciones lícitas que los fundadores tengan a bien establecer (12).

3. El carácter colegiado del Patronato

La personalidad jurídica de la fundación, como ha señalado LOPEZ JACOISTE (13), no es un atributo de los mismos bienes en sentido estricto, sino del *grupo personal permanente* que debe ejecutar la voluntad del fundador, a saber, el órgano de gestión y representación (14).

El art. 13 de la Ley gallega 7/1983 disponía: "Salvo que el fundador haya establecido expresamente una *composición más reducida* para el órgano de gobierno, éste se compondrá como mínimo de tres miembros, eligiendo en su seno, a no ser que otra cosa dispongan los estatutos, presidente y secretario". En primer lugar, aparecía la decisión del fundador que puede establecer una *composición más reducida*. La Exposición de Motivos de la Ley gallega 11/1991, de reforma de la Ley 7/1983, afirma que: "... se introduce la exigen-

(12) Es frecuente, en fundaciones modernas, la reserva vitalicia por el fundador. En el art. 9.1 de los estatutos de la fundación Barrié de la Maza, conde de Fenosa, se confía de modo exclusivo al fundador, y en su defecto al Patronato, el gobierno, administración y representación de la fundación... Fallecido el fundador, todas sus facultades recaerán exclusivamente sobre el Patronato.

Un supuesto especial de reserva es el contemplado por el parágrafo 110 de los estatutos de la fundación *Carl Zeiss*: "Mientras viva el fundador... se hará personalmente a él la rendición anual de cuentas del Consejo Especial". Vid. GOYDER, George, *El porvenir de la empresa privada. Un estudio de responsabilidad*, Madrid, Aguilar, 1957.

DEL CAMPO ARBULO afirma que "lo que debe hacer el fundador, si se respeta su voluntad, y no quiere perder la primacía en el gobierno de la fundación, es reservarse la posibilidad de un *voto acumulado*, es decir, nombrar un órgano de gobierno compuesto de tres miembros, dos de los cuales tendrán un voto cada uno, en tanto el fundador se asignará tres para tener mayoría en el *órgano colegiado*". Patronato unipersonal que, sin embargo, sea un Patronato colegiado. Vid. DEL CAMPO ARBULO, José Antonio *Las fundaciones su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, Madrid, Dykinson, 1995. Obra coordinada por OLMOS VICENTE, Ignacio, pp. 114 y 115.

(13) Vid. LOPEZ JACOISTE, José Javier, "La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones", *Revista de Derecho Privado*, 1965, p. 596.

(14) Paradójicamente, este respeto a la voluntad del fundador ha sido detonante de la decisión jurisprudencial de la STS de 31 de mayo de 1985 (RJA, 3194), a favor de un *único patrono*; el mismo Tribunal, en sentencia de 20 de diciembre de 1985 (RJA, núm. 669, de 1986), suaviza la magnificencia atribuida a la voluntad del fundador y señala en el Cuarto Fundamento de Derecho que sin ignorar que la voluntad del fundador aun siendo el principal de los elementos a tener en cuenta, no debe llegarse al extremo de considerarla como soberana u omnipotente.

cia... de que los cargos sean colegiados...”, *ratio* de la Ley gallega que se plasma en el nuevo art. 13 —redacción por Ley 11/1991— al establecer que el órgano de gobierno se compondrá, como mínimo, de tres miembros y elegirá entre ellos presidente y secretario, a no ser que los estatutos dispongan otra cosa. Contempla, también, la que posiblemente sea la única excepción al carácter colegiado del cargo, y es la reserva vitalicia del fundador, persona física, del cargo de patrono; claro que surge la duda de esa expresión de la ley gallega: “... a no ser que los estatutos dispongan otra cosa”, pero de la lectura de la Exposición de Motivos de la citada ley se deduce que en la *mens legislatoris* está el carácter colegiado del órgano de gobierno. Confirmada esta opinión por el reglamento gallego de fundaciones, Decreto 248/1992, cuando en su art. 5 dispone que el Patronato u órgano de gobierno de la fundación, salvo en el caso de reserva vitalicia del fundador prevista en el art. 13 de la ley, *tendrá carácter colegiado* y estará integrado por el número de miembros que indiquen los estatutos, *con un mínimo de tres*. Obsérvese que deja a salvo lo dispuesto en los estatutos en cuanto al número, pero una vez respetada la composición mínima de tres. Esto no impide que en la práctica nos encontremos, dentro de una fundación, con “*órganos de gobierno*”, y alguno de ellos sí sea *unipersonal*; así acontece en la fundación Hospital de Verín, en la que al Director Gerente se le califica como “*superior órgano unipersonal de gestión*”, art. 16 de sus estatutos (15).

En relación al presidente y al secretario se pronuncia el mismo art. 5 del reglamento gallego, Decreto 248/1992 señalando en su apartado 2.º que “cuando los estatutos no establezcan otra cosa, el Patronato elegirá *de su seno* al presidente y al secretario, así como, en su caso, a los demás cargos previstos en los propios estatutos.

Salvo disposición en contrario de los propios estatutos, en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, el presidente será sustituido por el vocal de mayor edad y el secretario por el vocal de menor edad”.

(15) Sobre esta fundación, *vid.* PALOU BRETONES, Antonio, *Régimen Tributario de las fundaciones. Un caso práctico: fundación Hospital de Verín*, Madrid, Trivium, 1994, pp. 28-30.

En el mismo sentido, la fundación *Carl Zeiss* establece, en sede de organización de la fundación —parágrafo 4 de sus estatutos—, la existencia de varios órganos, alguno unipersonal, como el Diputado de la fundación, al lado del Consejo Especial y de los Consejos de Gerencia. *Vid.* GOYDER, George, *El porvenir de la empresa privada. Un estudio sobre responsabilidad*, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 138 y 139.

La Ley 30/1994, art. 13, aclara dudas cuando lo que deja a la previsión de la escritura de constitución o a los estatutos es la designación de presidente del Patronato, pero no la de la composición mínima del Patronato, tres miembros. El Patronato estará constituido por un mínimo de tres miembros que elegirán entre ellos un presidente si no estuviera prevista de otro modo la designación del mismo en la escritura de constitución o en los estatutos. Destaco que en esta ley se permite que el cargo de secretario, cuando exista, podrá recaer en una persona *que no sea miembro del Patronato*, en cuyo caso tendrá voz pero no voto, y puede ser retribuido. Cree positiva esta previsión OLMOS VICENTE (16), porque institucionaliza una situación de hecho y conveniente, como es la asistencia a las sesiones de los gerentes de las fundaciones.

La Ley 30/1994, por lo tanto, impide el Patronato unipersonal, exigiendo un mínimo de tres patronos y como consecuencia un órgano siempre colectivo. Como apunta DE PRADA GONZALEZ (17): "La variedad de supuestos posibles y la existencia de fundaciones muy pequeñas —por ejemplo, es perfectamente posible una fundación para conceder una única beca anual—, hace pensar si no hubiera sido conveniente permitir también el órgano unipersonal. En las sociedades anónimas, cuya complejidad es muy superior a la de las fundaciones, está permitido y es frecuente el administrador único". Así es, el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre) admite la doble posibilidad, de administrador único, o colegiado, caso de atribuir la gestión a un Consejo de Administración, como señala el art. 136 de la citada ley de anónimas: "Cuando la administración se confíe *conjuntamente* a más de dos personas, éstas constituirán el Consejo de Administración". Por su parte, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Ley 2/1995, de 23 de marzo), en su art. 57, dispone que "la administración de la sociedad se podrá confiar a un administrador único, a varios adminis-

(16) Vid. OLMOS VICENTE, Ignacio, *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, obra coordinada por el mismo autor, Madrid, Dykinson, 1995, pp. 90 y 91.

(17) Vid. DE PRADA GONZALEZ, José María, "Algunas observaciones en torno al Proyecto de Ley de fundaciones", *Revista La Ley*, núm. 3237, abril, 1993, p. 4. Utiliza la legislación mercantil para defender gobiernos unipersonales; otros autores, manteniendo la defensa de la colegiación, se remiten al Derecho Público, y afirman que: "... se va al principio de *colegiación* ya establecido como régimen normal de funcionamiento de los órganos de las Administraciones Públicas...". Así, lo señala DEL CAMPO ARBULO, José Antonio, en *Las fundaciones. Su nuevo régimen jurídico, fiscal y contable*, obra coordinada por OLMOS VICENTE, Ignacio, Madrid, Dykinson, 1995, p. 114.

tradores que actúen solidaria o conjuntamente, o a un Consejo de Administración..." (18).

Lo que sí debe tenerse presente es que el art. 13 de la Ley 30/1994, no figura en el elenco de arts. expresamente mencionados a lo largo de los apartados de la Disposición final primera, entonces se aplica lo dispuesto en el punto 5 de la citada Disposición: "Los restantes preceptos de esta ley serán de aplicación a las fundaciones de competencia estatal". De ahí se sigue que lo establecido por la legislación autonómica de fundaciones debe tenerse muy en cuenta (19).

(18) Esta alternativa, gobierno unipersonal o colegiado, se encuentra, de nuevo, cuando de la inscripción de las sociedades anónimas se trata, recoge ambos extremos el art. 124 del Reglamento de Registro Mercantil (Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre), al mandar que se haga constar en los estatutos la estructura del órgano al que se confía la administración, determinando si se atribuye, a un administrador *único* o a un Consejo de Administración, apartados a) y d) del citado art., sin perjuicio, claro está, de otras opciones de estructuración, eso sí, teniendo en cuenta que cuando se admite la atribución de la administración y representación a un Consejo, éste se compondrá como mínimo de tres miembros. En relación a las sociedades de Responsabilidad limitada, en el mismo sentido, *vid.* art. 174.8 del Reglamento de Registro Mercantil.

Nótese que esta remisión a normas mercantiles no es ajena al derecho fundacional más reciente, me refiero al sistema francés, donde el gobierno es asumido por Consejos de Administración, y que a la hora de ocuparse de la fundación-empresa, no duda en remitirse a disposiciones reguladoras de sociedades comerciales. *Vid.* Loi núm. 90-559, por la que se crean las fundaciones de empresa, art. 19.9.

El Dr. Frits W. HONDIUS "La Ley sobre fundaciones en Europa y su tratamiento Fiscal", *Revista Situación* (BBV), 1989/4, p. 102, señala que las leyes sobre fundaciones contienen detalles adicionales sobre composición del Consejo de Administración, afirmando que en Dinamarca y Portugal debe haber una pluralidad de directivos y en Alemania y Grecia, una persona puede estar a cargo de una fundación.

(19) En el Decreto de fundaciones Culturales, Decreto 2930/1972, además de reconocer la excepción al carácter colegiado del Patronato, admitiendo la reserva vitalicia por el fundador, persona física, art. 9.3, no impone la composición mínima de tres miembros *ab initio*, sino que señala en su art. 11.1: "Cuando el órgano de gobierno y dirección de una fundación sea colegiado se compondrá como mínimo de tres miembros y elegirá de su seno un presidente, si no estuviere designado". El "cuando" supone que existen otras posibilidades. Además, en el mismo art. 11, en su apartado 2 se afirma: "En los supuestos en que el fundador no haya establecido expresamente una estructura determinada para el órgano de gobierno de la fundación éste habrá de ser colegiado", luego deja a salvo la voluntad del fundador.

Veamos lo que sucede en la legislación autonómica, aparte de lo señalado en relación a la gallega, objeto de este trabajo.

En la Ley catalana, 1/1982, el carácter *colegiado* del órgano de gobierno, es exigido de modo claro y riguroso, en su art. 11.3 *ab initio*: "El Patronato es un órgano colegiado constituido por tres miembros como mínimo". Si se pregunta sobre el cometido de los estatutos en este punto concreto, la respuesta la encontramos en el mismo precepto cuando en el apartado 1 se afirma que serán ellos los que determinen la composición del Patronato, de acuerdo con el apartado 1 e) del art. 9, que coloca, entre el contenido de los estatutos de la

El Tribunal Supremo defiende como ideal la fórmula del Patronato pluripersonal, así, en el 6.º Fundamento de Derecho de la STS de 20 de diciembre de 1985 (RJA, 669, año 1986), califica como "loable" el conseguir para una fundación la mejor administración de las posibles, y afirma que para ello, la *fórmula del Patronato pluripersonal* es la ideal, evitando tentaciones de un tipo de gobierno personal: "... descarga responsabilidades, produce controles internos mutuos y otras ventajas, fórmula que deberían agradecer los propios interesados, al representar un descargo de obligaciones, de un cargo pesado y honorífico". Detonante de esta tendencia, a un Patronato plural, puede constituirlo también un supuesto de fundación determinada cuya administración resulte *compleja*, como se advierte en la lectura del Fundamento de Derecho 7.º. La "solución colegiada" también se defiende en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1985 (RJA, 6404), esta vez apoyándose en el criterio del *interés general*, que, no ha de olvidarse, constituye causa del Negocio Jurídico fundacional (20).

fundación, la expresión de la "... composición del órgano de gobierno". Pero, no será la voluntad del fundador, manifestada en los estatutos, la que determine el número de patronos y, en definitiva, la composición del órgano representativo, y eso porque el art. 11.1, *in fine*, manda que aquéllos se ajusten *en todo caso* "... a las disposiciones que siguen...", entre las que se encuentra la antes transcrita, imponiendo el carácter colegiado del órgano y constituido por tres miembros como mínimo; de donde se sigue que en primer lugar habremos de estar a lo que la ley exige: —a) órgano colegiado; y b) tres miembros como mínimo—, y después atender y respetar la voluntad fundacional por medio de los estatutos, así de claro. *Vid.*, también, Instrucción catalana, Decreto 160/1982, núms. 28 y 29.

Caso distinto presenta la ley canaria de fundaciones, Ley 1/1990, que aunque también contempla el carácter colegiado y tripersonal del Patronato —eligiendo de su seno un presidente, si no estuviere designado—, deja a salvo lo querido por el fundador: "... salvo que el fundador haya establecido otra composición", art. 9.3 que, por supuesto, se indicará en los estatutos, art. 6 e).

En idéntica línea que la ley canaria, el art. 10.3 de la Ley vasca, 12/1994, establece que "salvo que el fundador haya establecido *otra composición*, el órgano de gobierno será colegiado y estará integrado por tres miembros como mínimo, eligiendo de su seno un presidente, si no estuviere nombrado". Insistiendo previamente la Exposición de Motivos de la ley vasca, en su punto II: "En cuanto al órgano fundacional se opta por una configuración legal colegiada —como mínimo, de tres personas—, *siempre salvo disposición en contrario del fundador*". La constancia estatutaria de la composición del órgano de gobierno es necesaria también, art. 7 g).

En la ley 44 de la Compilación Navarra, Ley 1/1973, se manda estar a lo ordenado por los estatutos, trátase de fundaciones constituidas por actos tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

(20) En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho 3.º se refiere a una Resolución de la Dirección General de Servicios que en uno de sus Considerandos aconseja un Patronato formado corporativamente con número impar de miembros para evitar empate en el momento de las votaciones que puedan decidir la solución de los asuntos de la institución.

Sin desconocer que el Tribunal Supremo, utilizando como argumento el respeto a la voluntad del fundador, también se ha decantado por un *único patrono* en la STS de 31 de mayo de 1985 (RJA, 3194), al fin y a la postre se muestra favorable a la colegiación, como aparece con claridad en la sentencia de 11 de junio de 1987 (RJA, 4875), queriendo conseguir la finalidad ostensible de homogeneizar y unificar criterios judiciales dispersos y discrepantes para convertirlos en doctrina legal, y así dar cumplimiento a diversos preceptos constitucionales como los de seguridad jurídica, art. 9.3 CE, y hacer efectivo el principio que reconoce a la Jurisprudencia una función complementaria del ordenamiento jurídico, art. 1.6 Cc, que originará como consecuencia procesal inmediata, y en caso de inobservancia de estas *Decisiones Supremas*, la interposición de un recurso de casación por infracción de jurisprudencia, art. 1692.5 LEC.

El Tribunal Supremo se pronuncia, de ese modo, por una solución que según el Fundamento de Derecho 1.º *in fine*, es la correcta, no en función del tiempo, sino del contenido, elección que está dotada por la ley de un *valor normativo* (21). Acoge el TS la del Protectorado como la adecuada, cuando afirma: "... la preferencia del Protectorado por la dirección colegiada no contraría la voluntad del fundador, ley primera y prevalente, pues en el testamento ológrafo —que en ese caso constituía el acto fundacional—, se contempla la posibilidad de nombrar uno, dos o tres patronos...". Por otra parte —señala—, en la situación actual no es bastante la dirección unipersonal, por lo tanto, el *triunvirato* salido de este planteamiento alternativo pone de manifiesto, según el TS, el acierto y prudencia del órgano de control, el Protectorado.

4. La capacidad de obrar de los patronos y las prohibiciones

La legislación gallega fundacional, establece un doble requisito de capacidad, positivo y negativo, si bien admite la actuación representativa sin trabas ni limitaciones. La Ley gallega, 7/1983 —nueva redacción dada por Ley 11/1991— dispone que pueden ser miembros del órgano de gobierno de la fundación quienes tengan plenitud de su capacidad de obrar y no estén inhabilitados para el ejercicio de un cargo público. Las personas incapacitadas actuarán en el órgano de gobierno por medio de sus respectivos representantes legales (*vid.* art.

(21) *Vid.*, en este sentido, STS de 10 de abril de 1984 (RJA, 2781).

14). Representación necesaria cuando se trate de persona jurídica que forme parte del órgano de gobierno, posibilidad que admite el art. 14.2, Ley 7/1983. La primitiva redacción del art. 14 se refería a miembros *natos*: "... Cuando sea miembro *nato* una persona incapacitada, actuará en su nombre su representante legal". Idéntico sentido que el Decreto 2930/1972, de fundaciones culturales. Hoy, en la nueva redacción del precepto no se distingue ni especifica, parece sentar un criterio más general. Pero el reglamento gallego, Decreto 248/1992, art. 6.1 insiste en la idea originaria al establecer la imposibilidad de ser miembros del Patronato: "... los menores e incapacitados (a no ser que fueren miembros natos)...". Recalcando en el núm. 2 del mismo art. 6 —al referirse a la no delegación de facultades por parte de los miembros natos y de los de libre designación—, y como una excepción a esa indelegabilidad, el hecho de ser miembro nato una persona menor o incapacitada, permitiendo que actúe en su nombre su representante legal, art. 6.3 .b) del reglamento gallego.

Nótese que establece una postura restrictiva al no admitir a incapacitados, salvo que se trate de miembros natos, cuando la ley, en su actual redacción, art. 14.1 sí permite la representación a los incapacitados, sin distinguir ni especificar, sean o no sean natos, luego *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus...*

El art. 6.1 del reglamento gallego complementa al art. 14.1 de la ley, al referirse éste art. a la *capacidad* de los patronos, y aquél a las *prohibiciones*, señalando que no pueden ser miembros de los órganos de gobierno los quebrados y concursados no rehabilitados; los menores e incapacitados (a no ser que fueren miembros natos); los condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargo público (22); y las demás personas en las que concurran causas de incompatibilidad establecidas en las leyes (23).

(22) Se contempla como "pena privativa de derechos", la inhabilitación para cargo público, *vid.* arts. 39 a 44, fundamentalmente, del Código Penal —Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

(23) Nótese que en Galicia existe un proyecto de ley de incompatibilidades de los miembros de la *Xunta* de Galicia y altos cargos de la Administración Autonómica, 1995; en el *Ámbito de aplicación de la Ley*, entre los "cargos públicos" a los que se les aplica el régimen de incompatibilidades establecido en ella, el art. 2 h) cita a los presidentes, directores generales y asimilados de ... *fundaciones* en las que la *Xunta* de Galicia, directa o indirectamente, participe o aporte más del 50 por 100 del capital o del patrimonio, cuando tales cargos sean designados después del acuerdo del Consejo de la *Xunta* de Galicia o por sus propios órganos de gobierno. Si bien se permite que el ejercicio de un cargo, de los comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley, sea compatible con determinadas *actividades privadas*, siempre que no se comprometa la imparcialidad o

La Ley 30/1994, art. 13, no aclara la posibilidad de actuar por medio de representantes legales, lo que implica restar actuación, aunque sea con intermediario, a personas incapacitadas. Limitándose a permitir que sean miembros del Patronato las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos. Por su parte, el Decreto 2930/1972, de fundaciones culturales, en el art. 10.1 exige para ser miembro de los órganos de gobierno y dirección de una fundación: capacidad *jurídica* y de *obrar*, así como la no inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos. Pero salva esta rigidez el apartado tercero del mismo art. 10: "Cuando sea miembro nato una persona incapacitada actuará en su nombre su representante legal". Antecedente que la Ley 30/1994 debe tener en cuenta, *vid.* art. 3 Cc.

Adviértase que la Ley 30/1994 en su art. 13.5 sí prevé representante en el caso de que sean llamados a ejercer la función de patronos personas por razón del cargo que ocuparen, aunque se hable de *sustitución*.

Además, no estaría bien no admitir representante para persona física, miembro del Patronato cuando sí se consiente para persona jurídica, miembro del Patronato, art. 13.2, segundo párrafo: "Las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato, debiendo designar a la persona natural que las represente".

La previsión de la Ley gallega, Ley 7/1983, con su reforma por Ley 11/1991, art. 14, admitiendo la *representación legal*, es digna de todo encomio, evita dejar al arbitrio del Protectorado la, posible, designación de patronos provisionales. En este sentido, conviene tener presente la posición que, en su día, ha sido adoptada por el Tribunal Supremo estableciendo que el Protectorado puede nombrar patrono provisional en tanto el nombrado por el fundador es menor (24), ya que al exigir plena

independencia de sus funciones públicas, así, el art. 7 c) cita entre esas "actividades privadas" la *participación* en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro y siempre que no perciban ningún tipo de retribución o percepción por dicha participación. El control se refuerza con un deber de *información* sobre nombramientos efectuados, a él se refiere la Disposición adicional primera, punto 1: "Las entidades de Derecho Público dependientes de la Administración autonómica y las sociedades y *fundaciones* en las que la Administración autonómica, directa o indirectamente, participe o aporte más del 50 por 100 del capital o del patrimonio *deberán informar* a la Inspección General de Servicios de la Xunta de Galicia de los nombramientos que efectúen respecto de los puestos de trabajo que conforme a esta ley tengan la condición de altos cargos".

(24) El Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de octubre de 1931 (RJA, 3530), ha entendido que "... el estar impedidos intelectual o físicamente para el ejercicio del cargo de patrono de una fundación, debe entenderse incluido en esa expresión al menor de edad...".

capacidad civil para el ejercicio del cargo de patrono y ser éste de carácter personalísimo, no puede ejercerse por los padres de aquél, pretendiendo sustituirle hasta su mayoría de edad. Así, lo ha señalado la sentencia de 7 de octubre de 1931 (RJA, 3530) (25).

En todo caso, este art. 13 de la Ley 30/1994 es de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, Disposición final primera, apartado 5. Por lo tanto, será procedente tener en cuenta la legislación fundacional de las Comunidades Autónomas (26).

En relación a la apreciación, permitiéndolo el fundador, por un tercero de la causa de incapacitación se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de marzo de 1964 (RJA, 1699). Critica una apreciación tan libre PIÑAR MAÑAS, señalando su dudosa validez, sin ni siquiera admitir, en principio, la audiencia del interesado. Vid. PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Régimen Jurídico de las fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1992, pp. 48 y 49.

(25) Sienta el Tribunal Supremo en la citada Sentencia que "... si bien es cierto que el núm. 1 del art. 155 del Código civil, impone al padre, o en su defecto, a la madre, el deber de representar a sus hijos no emancipados en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho (se refiere al art. 155 en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, pero éste es un dato que no altera la conclusión a que llega la sentencia), no puede, en modo alguno, admitirse que este deber faculte al padre o a la madre para sustituir al hijo menor, desempeñando en su lugar una función pura y exclusivamente personal, como es la de ser patrono personal o de sangre de una fundación benéfica, función para cuyo ejercicio es condición previa indispensable que se encuentre en la plenitud de sus derechos civiles... por lo tanto, aun reconociendo en el menor el carácter de patrono familiar en la fundación de que se trata, se le prohíbe ejercitar ese carácter y desempeñar sus peculiares funciones hasta que, por tener la mayoría de edad civil, pueda bastarse a sí propio (*sic*)... adopta su designación, pero le reserva el ejercicio del cargo para cuando cese aquella restricción de su personalidad jurídica, que si le impide disponer libremente de su persona y bienes, mucho más le impedirá disponer de los ajenos".

Hoy el art. 162 Cc establece que "los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados...", pero en el párrafo segundo de este art. se disponen excepciones, como los actos relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres, núm. 3, art. 161 Cc; por lo que de no estar prevista una *representación legal*, en caso de menores e incapacitados —así ocurre en la Ley 30/1994— mal podría pensarse en la intervención de los padres, alegando que los bienes que se han de administrar deben excluirse por pertenecer a una fundación (*vid.* arts. 161 y 164 Cc).

(26) La ley catalana, Ley 1/1982, art. 11.3, y la ley canaria, Ley 1/1990, art. 10.1, exigen para ser miembro del patronato *capacidad civil*, a las personas físicas; las personas jurídicas deberán hacerse representar por persona física o natural. Así, de concisas.

Ley vasca, Ley 12/1994 en su art. 11.2, *ab initio*, dispone: "Las personas físicas deberán tener plena capacidad de obrar y no estar inhabilitadas para el ejercicio de un cargo público", en el mismo sentido que la Ley 30/1994, art. 13.2. Pero añade la ley vasca en el art. citado, art. 11.2, *in fine*: "No obstante, cuando haya de ser miembro nato una persona incapacitada, actuará en su nombre su representante legal". En los términos que he señalado al referirme a las fundaciones gallegas, art. 6.1 y 6.3 b) del reglamento gallego, Decreto 248/1992. Las personas jurídicas se harán representar por persona física, art. 11.3, ley vasca.

5. La posible integración de las personas jurídicas en el órgano de gobierno

La Ley 11/1991 ha dado nueva redacción a la Ley 7/1983, de fundaciones de interés gallego, pero no ha variado, sustancialmente, el planteamiento inicial, de admitir como miembros del Patronato a las personas jurídicas; sí ha puntualizado como “necesaria” la representación de estas personas jurídicas, admitiendo que no sólo sea una, como lo establecía la Ley 7/1983, sino que sean varias las personas que las representen: art. 14.2: “Las personas jurídicas pueden integrarse en los órganos de gobierno de la fundación, designando para tal fin, necesariamente, la persona o personas naturales que las representen”. Precisamente, es ésta una de las excepciones al carácter personalísimo del cargo de patrono, así lo atestigua el art. 6.3 c) del reglamento gallego, Decreto 248/1992: “Los miembros del Patronato que sean personas jurídicas deberán designar la persona física que las represente”.

En el mismo sentido que la ley gallega, la Ley 30/1994 dispone en su art. 13.2, párrafo segundo: “Las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato, debiendo designar a la persona natural que las represente”. Nótese que similar posición es la adoptada por el Decreto 2930/1972 de fundaciones culturales en su art. 10.4: “Las personas jurídicas que formen parte, *con otros miembros*, del órgano de gobierno y dirección de una fundación deberán designar la persona física que las represente”. Advierte, eso sí, que la persona jurídica forma parte, “con otros miembros”, del Patronato. Esto tiene su enjundia, porque el art. 9.2 del mismo Decreto 2930/1972, contempla un supuesto diverso del anterior, en este caso, será la persona jurídica la única componente del Patronato, señala el citado artículo: “Cuando la dirección de la fundación esté encomendada a una persona jurídica la ejercerá ésta por medio de sus órganos de gobierno”. Todo esto conlleva un replanteamiento del carácter colegiado o no del órgano de gobierno, de admitir a una única persona jurídica por todo miembro del Patronato. Claro que la *ratio legis* puede verse cumplida, porque el caso es distinto al de un gobierno unipersonal, en el supuesto de dirección colectiva, piénsese en un Consejo de Administración; otra cosa ocurre cuando la administración de la sociedad se confíe a una única persona, perfectamente viable a tenor de la normativa de Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada (*vid.* arts. 136 TRLSA y 57 LSRL), reviviría en toda su extensión la problemática de gobierno unipersonal de la fundación.

Claro que la aplicabilidad de este art. 9.2 del Decreto 2930/1972, en tanto no contradiga la Ley 30/1994, aconseja tenerlo en cuenta, *vid.*

Disposición derogatoria única de la citada ley; piénsese en este art. como antecedente histórico y legislativo, sin perjuicio de que la realidad social así lo aconseje, *vid.* art. 3 Cc (27).

6. *Delegación de facultades y nombramiento de apoderados generales o especiales. Las vacantes*

En la ley gallega, Ley 11/1991, se contempla la delegación —modificando el anterior art. 14.3, Ley 7/1983—, establece el nuevo art. 14.4 que si los estatutos no lo prohíben, el órgano de gobierno podrá delegar sus facultades en uno o más de uno de sus miembros y nombrar apoderados generales o especiales con funciones y responsabilidades mancomunadas o solidarias. No son delegables la aprobación de cuentas, la formulación de presupuestos, la enajenación y el gravamen de los bienes inmuebles, de las obras de arte y de los bienes patrimoniales histórico-artísticos y documentales, así como los valores mobiliarios no cotizables en bolsa, ni cualquier otro acto que precise la aprobación del Protectorado... El límite fundamental está en los estatutos que pueden prohibir la delegación; en el nuevo art. se añaden más supuestos de indelegabilidad. Como reconoce la Exposición de Motivos de la Ley 11/1991: "Entre los actos indelegables de los órganos de gobierno de las fundaciones se añade la venta de las obras de arte, exigiendo así una mayor garantía para la salida de bienes histórico-artísticos del patrimonio de una fundación".

Además se añade, en la nueva redacción de la ley gallega, art. 14.4, *in fine*, que cuando el apoderado general de una fundación fuese miembro del órgano de gobierno y ejerciese sus funciones con dedicación exclusiva, se determinará reglamentariamente la posibilidad de su retribución, si los estatutos así lo hubiesen previsto. En este sentido, establece el reglamento gallego, Decreto 248/1992, que con independencia de la percepción de ayudas para gastos de asistencia a reuniones, para que los apoderados generales de una fundación puedan ser remunerados será necesario: a) que los citados apoderados sean miembros del Patronato; b) que los estatutos prevean expresamente su retribución; y c) que lo acuerde el órgano de gobierno con las mismas condiciones establecidas en las letras b) y c) del apartado 2 de este art.: b)

(27) La ley catalana, Ley 1/1982, art. 11.3, la ley canaria, Ley 1/1990, art. 10.1 y la ley vasca, Ley 12/1994, art. 11.1 y 3, admiten como miembros del Patronato a las personas jurídicas, que deberán estar representadas por persona física.

que lo acuerde el órgano de gobierno, con la mayoría prevista en el art. 13.3 de este reglamento —voto favorable de las dos terceras partes de los asistentes siempre que, además, suponga mayoría absoluta del número de sus miembros—; y c) que se hagan constar anualmente en el presupuesto de gastos y no superen el total anual del 5 por 100 del presupuesto de ingresos, si la cuantía de éste no sobrepasa los diez millones de pesetas, o del 3 por 100 en las restantes. Los apoderados generales de una fundación que no sean miembros del Patronato no podrán percibir remuneración por razón de apoderamiento, sin perjuicio de la que les corresponda por su relación de empleo con la fundación (*vid.* art. 8).

Aclara el reglamento gallego, art. 5, que la delegación de facultades en varios miembros y el nombramiento de apoderados —sean o no miembros de los órganos de gobierno— se entenderá efectuado mancomunadamente, a no ser que se realizase expresamente con carácter solidario (*vid.* art. 1137 Cc). La inscripción en el Registro de fundaciones de las delegaciones y apoderamientos, con expresa mención de las facultades delegadas o atribuidas también está prevista.

Frente a la delegación de “*facultades*”, cuestión a la que me refiero, el reglamento contempla la delegación del “*cargo-función*”, que es *personal*, salvo las excepciones que pergeña el reglamento; en este sentido, establece que los miembros del Patronato, sean natos por razón de parentesco o del cargo que desempeñan, o bien de libre designación desempeñarán sus funciones personalmente, sin posibilidad de delegación. Y exceptúa: a) la representación en las reuniones del Patronato, que cada miembro le podrá conferir a cualquiera de los representantes del órgano de gobierno, en comunicación escrita dirigida al presidente con carácter especial para cada reunión; b) cuando sea miembro nato una persona menor o incapacitada actuará en su nombre su representante legal; y c) los miembros del Patronato que sean personas jurídicas deberán designar la persona física que las represente (*vid.* art. 6.2 y 3).

En relación a las *vacantes* el reglamento gallego, Decreto 248/1992 establece que las que ocurran entre los miembros de los órganos de gobierno de las fundaciones serán cubiertas conforme a sus estatutos, y si eso no fuere posible, se dará cuenta al Protectorado, que promoverá la oportuna modificación estatutaria (*vid.* art. 9). Por su parte, el art. 5 dispone que salvo disposición contraria de los propios estatutos, en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, el presidente será sustituido por el vocal de mayor edad y el secretario por el vocal de menor edad.

La Ley 30/1994 también permite que el Patronato delegue sus facultades y nombre apoderados generales o especiales, salvo que los estatutos dispongan lo contrario. Claro que el *cargo* de patrono es indelegable con la excepción que se contempla de que el cargo de patrono, en caso de recaer en persona física, deberá ejercerse personalmente. Se exceptúan quienes fueren llamados a ejercer esa función por razón de los cargos que ocuparen, en cuyo caso podrá actuar en su nombre la persona a quien corresponda su sustitución, a la que se debe añadir otra excepción y es la representación de la persona jurídica, que forme parte del Patronato, por persona natural (cfr. arts. 13 y 14) (28).

En torno al carácter personalísimo del cargo se ha pronunciado en alguna ocasión el Tribunal Supremo, flexibilizando sus posturas. Veamos la sentencia de 7 de octubre de 1931 (RJA, 3530), sienta que el Protectorado puede nombrar patrono provisional en tanto el nombrado por el fundador es menor, ya que al exigirse plena capacidad civil para el ejercicio del cargo de patrono y ser éste de carácter personalísimo, no puede ejercerse por los padres de aquél, pretendiendo sustituirle hasta su mayoría de edad.

El carácter personalísimo del cargo de patrono no es, sin embargo, apreciado con la misma rigidez en la sentencia de 3 de octubre de 1931 (RJA, 2173), por cuanto permite ejercerlo a través de poder otorgado en favor de un tercero, incluso en el caso de que el patrono resida en localidad diferente a aquella en que se encuentra la fundación, aunque este supuesto no se refería a patrono de sangre o de familia como el anterior (29).

(28) La ley catalana, Ley 1/1982, art. 11, en relación a la delegación de *facultades*, se manifiesta en similares términos que la legislación gallega, si bien no aparece como en el reglamento gallego, Decreto 248/1992, esa necesidad de constancia expresa de la responsabilidad solidaria. Contemplando, además, la ley gallega en su nueva redacción, Ley 11/1991, los límites de delegación respecto a facultades en relación a bienes del patrimonio histórico-artístico. La misma *ratio* que en la ley catalana se observa en la ley canaria, Ley 1/1990. Se contempla, eso sí, la posibilidad de sustitución en la representación sólo en los caso de personas jurídicas-patronos, por persona natural, art. 10.1, y para el supuesto que señala el art. 10.2: "Los miembros del órgano de gobierno que formen parte del mismo en virtud de cargo público del que sean titulares podrán designar los representantes que reglamentariamente les sustituyan".

La ley vasca, Ley 12/1994, contrapone: "Facultades delegadas y de gestión", art. 17; "Personal al servicio de la fundación", art. 19; "Colaboradores", art. 7.1. Sobre el ejercicio del cargo, *vid.* art. 11.

(29) *Vid.* PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Régimen Jurídico de las fundaciones. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1992.

7. Asunción de la gestión por el Protectorado

La Exposición de Motivos de la Ley gallega, 11/1991, de reforma de la Ley 7/1983, señala que algunas de las facultades que se le otorgan al Protectorado son contradictorias entre sí, como es el caso del apartado f) del art. 22 con respecto a los demás apartados, por lo que se trata de salvar la contradicción de la forma más ajustada a la Constitución de 1978.

Para la comprensión de este aserto me remito al primitivo apartado f) del art. 22, que entre las facultades particulares del Protectorado señala la de asumir provisionalmente la gestión de las actividades de la fundación cuando el órgano de gobierno hubiese hecho dejación de sus funciones o se hallase suspendido en las mismas por decisión judicial; en el actual apartado f) del art. 22 se dispone, como facultad del Protectorado, la de asumir provisionalmente la gestión de las actividades de la fundación, cuando carezca de órgano de gobierno, cuando estuviese suspendido en sus funciones por decisión judicial o cuando el Patronato no se reuniese a lo largo de dos ejercicios consecutivos. Aclarando que la situación provisional no podrá prolongarse por más de dos años, plazo dentro del cual deberá dotarse a la fundación de los órganos estatutarios de gobierno; de no ser posible, se procederá a su disolución y liquidación. En el caso de suspensión judicial, el plazo se contará a partir de que ésta cese. Conviene recordar que el art. 34.2 CE se remite al art. 22 de la misma CE en sus núms. 2 y 4 y, para lo que aquí importa, el núm. 4 del art. 22 CE, *mutatis mutandis*: "Las fundaciones sólo podrán ser *disueltas* o *suspendidas* en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada" (30).

(30) Téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 32.4 b) del reglamento gallego, Decreto 248/1992, cuando al referirse a los órganos y atribuciones, en el capítulo VI, dedicado al Protectorado, señala que le corresponde a la Comisión de Secretarios Generales Técnicos conocer e informar en los casos de modificación, transformación o extinción de fundaciones de interés gallego, y en los que proceda la asunción provisional de la gestión o dotación de órganos estatutarios de gobierno a que se refiere el apartado f) del art. 22 de la ley, así como en los supuestos en que pudiesen existir competencias concurrentes o conflictos de competencias entre la *Xunta* de Galicia o de otras Comunidades Autónomas. *Vid.*, en relación a otras Comunidades Autónomas: ley catalana, Ley 1/1982, art. 15.2 g). Debe advertirse que en este punto la ley catalana resulta más concisa que la legislación gallega, asumiendo el Protectorado las funciones del Patronato cuando: "... falten las personas llamadas a integrarlo", en la ley gallega se añaden los supuestos de suspensión del Patronato en sus funciones o no se reuniese en determinado plazo. Si bien, por otra parte, la legislación catalana se muestra más flexible que la gallega al asimilar la falta de órgano de gobierno —para que proceda la intervención del Protectorado— a su prolongada inactividad, con total incumplimiento de las obligaciones que le correspondan, o la disminución

La problemática que analizo se plantea de modo más escueto en la Ley 30/1994 cuando dispone en el art. 32.2 que el Protectorado será ejercido por la Administración General del Estado en la forma que reglamentariamente se determine, respecto de las fundaciones de competencia estatal, correspondiéndole a tal fin las siguientes funciones...: e) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo (31).

Recuerdo que la ley gallega también se refiere a casos de suspensión del Patronato o no reunión en un plazo determinado. Claro que la Ley 30/1994 dedica una disposición *ad hoc* a la *intervención temporal* del

del número de componentes que imposibilite la toma de acuerdos válidos según los estatutos de la fundación y las normas generales de funcionamiento de los órganos colegiados (*vid.* núm. 27 de la Instrucción Catalana, Decreto 248/1992. Por su parte, en la ley canaria, Ley 1/1990, el Protectorado asume también provisionalmente la gestión de la actividad fundacional, en el supuesto de suspensión total o parcial del Patronato *decretada judicialmente*, art. 24 f). El objetivo, de esta intervención, será la de velar por el exacto cumplimiento de las finalidades de interés público afectadas, como se deduce, *mutatis mutandis*, del art. 27.

La ley vasca, Ley 12/1994, art. 38, con el epígrafe *Gestión provisional*, contempla tanto los casos de irregularidades en la gestión como de carencia de órgano de gobierno; en todos los supuestos la intervención del Protectorado se encuentra mediada por la autoridad judicial como consecuencia de la *ratio legis* vasca que pergeña la Exposición de Motivos de su ley: "... las atribuciones administrativas quedan limitadas a promover la intervención judicial, en aras al principio de tutela judicial efectiva, art. 24 CE, pieza clave del Estado de Derecho".

Con el espíritu de la legislación navarra no "encaja" esta intervención en el gobierno de las fundaciones por parte del Protectorado; recuérdense las "fundaciones a fe y conciencia de los patronos", claro que la intervención administrativa será suplida por la judicial. Veamos lo que señala la Compilación Navarra, Ley 1/1973, en su ley 46, apartado 4, párrafo segundo: "... tratándose de fundaciones constituidas por voluntad privada, el fundador podrá eximir a la fundación de toda intervención administrativa. Sin embargo, a instancia de cualquier persona, el Ministerio Fiscal podrá inspeccionar la gestión e instar y ejercitar las acciones procedentes".

En la fundación alemana *Carl Zeiss*, la organización de la fundación se forma con un "Consejo Especial", que representa, administra, y ejerce la dirección suprema de la fundación y, como ulterior organización, "Consejos de Gerencia". Si en cualquier momento dejara de existir el Consejo Especial, la representación y administración de la fundación es asumida inmediatamente por el Consejo de Gerencia, parágrafo 114 de los estatutos de esta fundación. En los supuestos que contemplamos en el texto, asume competencias del Patronato el Protectorado, lo que supone una injerencia externa y, además, de la Administración Pública. Por eso, considero digna de encomio la organización de la *Carl Zeiss*, que como se ve, establece intervenciones, pero internas, entre los propios órganos de la fundación. *Vid.* GOYDER, George, *El porvenir de la empresa privada. Un estudio sobre la responsabilidad*, Madrid, Aguilar, 1957.

(31) Este art. 32.2 de la Ley 30/1994, está comprendido en la Disposición final primera 5, por lo que es aplicable a las fundaciones de competencia estatal.

Protectorado cuando dispone su injerencia caso de advertir irregularidades en la gestión económica o desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada; todo mediatizado por autorizaciones judiciales (*vid.* art. 34.1 y 2). La solicitud de intervención temporal se formulará ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación y se sustanciará según lo dispuesto para los incidentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*vid.* art. 34.3). Añadiéndose una garantía de publicidad cuando se exige que la resolución judicial que decreta la intervención temporal de la fundación se inscribirá en el Registro de fundaciones (*vid.* art. 34.4) (32).

III. EL EJERCICIO DEL CARGO DE PATRONO

1. La gratuidad del cargo sin perjuicio del derecho de reembolso de gastos

La Ley 11/1991, de reforma de la Ley 7/1983, afirma en su Exposición de Motivos, en cuanto al órgano de gobierno de la fundación y la exigencia de gratuidad de los cargos, que el art. 1 de la ley establece como requisito fundamental la ausencia de ánimo de lucro en el desarrollo de los fines de la fundación, lo que supone la imposibilidad de exigir contraprestación por los servicios que presta, siempre que no exceda del costo real total. Por otra parte, en la práctica, una gran parte de los recursos de la mayoría de las fundaciones proviene de las canti-

(32) Aclaro que a los apartados 1 y 2 del art. 34 de la Ley 30/1994 se les aplica la Disposición final primera de la citada ley, punto 2 letra b), de donde resulta que serán de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, a todas las fundaciones incluso a aquéllas cuya competencia corresponda, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía, a las Comunidades Autónomas. No obstante, todos estos arts. serán únicamente de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, foral o especial; al apartado 3 del art. 34, le corresponde el punto 3 de la Disposición antedicha, por lo tanto constituye legislación procesal dictada al amparo del art. 149.1.6.^a de la Constitución; al apartado 4 del art. 34, se le aplicará el punto 5 de la misma Disposición final primera, es decir, será de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

Téngase en cuenta que esta *intervención temporal* contemplada en la Ley 30/1994 supone una inmisión del Protectorado expresamente reconocida, porque en casos análogos el Decreto 2930/1972 de fundaciones culturales reconoce la injerencia del Protectorado pero en sede de medidas cautelares, sin necesidad de intervención tan palmaria en su art. 18. En el mismo marco, medidas cautelares y con intervención similar del Protectorado, insisto, no tan clara y expresa como la pergeñada por la Ley 30/1994, el art. 11 del reglamento gallego desarrolla la cuestión con el epígrafe: "Otras medidas cautelares", me remito al punto específico que en estas notas dedico al tema *cautelar*.

dades que cobran a sus beneficiarios, por lo que no se trata de un supuesto excepcional que deba requerir la autorización previa del Protectorado, lo que supondría un excesivo intervencionismo, contrario a los principios informadores de la ley recogidos en su Exposición de Motivos.

En tal sentido la Ley gallega 11/1991 dispone que los miembros del órgano de gobierno ejercerán su cargo de forma gratuita, sin perjuicio del derecho a que les reembolsen los gastos, debidamente justificados, que éstos les produzcan, así como el abono de las ayudas de costo por asistencia que, en su caso, fije su órgano de gobierno, dentro de los límites que se determinen reglamentariamente, y siempre y cuando no prohíban el abono de tales gastos los respectivos estatutos (33); aclara que cuando el apoderado general de una fundación fuese miembro del órgano de gobierno y ejerciese sus funciones con dedicación exclusiva, se determinará reglamentariamente la posibilidad de su retribución, si los estatutos así lo hubiesen previsto (*vid.* art. 14) (34). Como puede observarse la ley gallega distingue, cuando se refiere a la gratuidad de los cargos y derecho de reembolso de gastos, entre “miembros del órgano de gobierno” propiamente dichos y “apo-

(33) Complementa perfectamente al art. 14 de la ley gallega, el art. 8 de su reglamento, Decreto 248/1992 que con el epígrafe *Ayudas de costos y remuneración* dispone que los miembros de los órganos de gobierno de la fundación ejercerán su cargo gratuitamente. Tendrán, no obstante, derecho, justificándolo previamente, al abono de gastos que el ejercicio del cargo les produzca, incluidos los de viaje y la estancia, para la asistencia a las reuniones o a la realización de las misiones relativas a la fundación que se les encomienden. Pueden percibir ayudas de costos por asistencia a las reuniones, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que los estatutos no prohíban su percepción; b) que lo acuerde el órgano de gobierno, con la mayoría prevista en el art. 13.3 del Reglamento (voto favorable de las dos terceras partes de los asistentes siempre que, además, suponga mayoría absoluta del número de sus miembros); y c) que se hagan constar anualmente en el presupuesto de gastos y no superen el total anual del 5 por 100 del presupuesto de ingresos, si su cuantía no sobrepasa los diez millones de pesetas, o del 3 por 100 en las restantes.

(34) Para que los apoderados generales de una fundación puedan ser remunerados será necesario: a) que los citados apoderados sean miembros del Patronato; b) que los estatutos prevean explícitamente su retribución; y c) que lo acuerde el órgano de gobierno con las condiciones y limitaciones siguientes: acuerdo del órgano de gobierno con la mayoría que se señala en el art. 13.3 del reglamento, ya citado, y que se hagan constar anualmente en el presupuesto de gastos y no superen el total anual del 5 por 100 del presupuesto de ingresos, si su cuantía no sobrepasa los diez millones de pesetas, o del 3 por 100 en las restantes. Los apoderados generales de una fundación que no sean miembros del Patronato no podrán percibir remuneración por razón de apoderamiento, sin perjuicio de la que les corresponda por su relación de empleo con la fundación (*vid.* art. 8 del reglamento gallego, Decreto 248/1992).

derados generales”, que al tiempo son miembros del órgano de gobierno. Del desarrollo de esta cuestión se ocupa el reglamento gallego como se ha visto.

La Ley 30/1994, en su art. 13.4 señala que los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin que *en ningún caso* puedan percibir retribución por el desempeño de su función, pero en el núm. 6 del mismo art. permite que los patronos tengan derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, salvo disposición en contrario del fundador. Aclaro que la Ley 30/1994 entiende por gastos de administración aquéllos directamente ocasionados a los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y de los que los patronos tienen derecho a resarcirse (*vid.* art. 25) (35). Obsérvese la

(35) La ley catalana, Ley 1/1982, entre sus principios informadores, deducidos de la Exposición de Motivos de la ley, dispone, en su apartado b) que: “Por respeto a su naturaleza privada, la ley concede una amplia iniciativa a la voluntad de los fundadores, sólo limitada por la exigencia, estrictamente jurídica, del cumplimiento de aquellos preceptos que determinan las características esenciales de la fundación: separación de unos bienes del patrimonio de los fundadores y aportadores, que justifica el otorgamiento de la personalidad jurídica; dedicación permanente de estos bienes a finalidades de interés público, garantizando que estas finalidades no puedan ser tergiversadas y, en consecuencia, *eliminación total de cualquier lucro privado*”. La lógica consecuencia de esta concepción aparece en el art. 11.5 de la ley catalana, Ley 1/1982, estableciendo un ejercicio del cargo de patrono gratuito, sin perjuicio del reembolso de gastos, debidamente justificados, que el ejercicio de dicho cargo les ocasione.

La legislación canaria, Ley 1/1990 dispone que el cargo se desempeñe gratuitamente, pudiendo recibir la oportuna *compensación* por los gastos ocasionados, previa justificación de los mismos, art. 10.4, *in fine*.

La permisividad de retribución aparece con claridad en la legislación vasca, al dejar a salvo lo dispuesto en los estatutos como primer criterio, así el art. 18 afirma que “*a falta de disposición expresa del fundador*, los miembros del órgano de gobierno ejercerán su cargo gratuitamente. No obstante, podrán ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de sus funciones les ocasione”. A mayor abundamiento se permite, de nuevo, la retribución, de ahí que califique este criterio que ha seguido el legislador vasco como muy permisivo y racional, tratándose de *personal al servicio de la fundación*, teniendo en cuenta que los miembros del órgano de gobierno, pueden participar en estas funciones de gerencia o gestión y, por lo tanto, ser retribuidos, como se deduce del art. 19.

Con la regulación vasca a la vista pienso que separa adecuadamente las funciones de representación y dirección de las de gerencia, y normalmente siendo las primeras gratuitas, art. 18, puedan percibir remuneración por las segundas, art. 19. Por eso, REBOLLO ALVAREZ-AMANDI estima esta regulación como “realista”. *Vid.* REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, Alejandro, *La Nueva Ley de fundaciones*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 1994, p. 122. Además, y frente a la normativa fundacional gallega, no sólo permite la participación en funciones de gerencia y gestión a miembros del Patronato, sino también a *terceras personas*, otorgando a todas ellas la retribución adecuada.

expresión radical de la ley prohibiendo la retribución: "... en ningún caso". Para, posteriormente, admitir la retribución, salvo disposición contraria del fundador; en la legislación gallega, se contiene igual *ratio*, pero, salvo la prohibición de los estatutos, lo que supone un espectro más amplio, prohibitivo, que el de la estricta voluntad del fundador. También la ley gallega permite, como se ha señalado, la retribución de los "apoderados generales".

Recuérdese que la Ley 30/1994, dedica el título II a los *Incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general* —el título I se refiere a las *fundaciones*—, para disfrutar del régimen previsto en el título II, los cargos de patrono de las fundaciones y representante estatutario de las asociaciones deberán ser gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione. Asimismo, tales personas deberán carecer de interés económico en los resultados de la actividad, por sí mismos o a través de persona interpuesta, tal como se deduce del art. 43.1 de la Ley 30/1994. El incumplimiento de lo dispuesto en el art. 43, acarrea pérdida de beneficios fiscales, art. 47, Ley 30/1994 (36).

El Tribunal Supremo ha tomado posición en estas cuestiones, así en la sentencia de 22 de junio de 1982 —Sala de lo Social del Tribunal Supremo— (RJA, 4070) —dictada a raíz de una reclamación de cantidad de una trabajadora contra una fundación—, califica de laboral la relación existente entre las fundaciones y sus trabajadores. Es obvio que las fundaciones, para la adecuada realización de sus fines de interés general, necesitan contar con personal *altamente cualificado* (37).

(36) La regla general es la gratuidad, lo mismo que ocurre con el mandato, art. 1711.1 Cc, frente a la comisión mercantil, art. 277.1 Ccom.; en relación a la retribución de los administradores de las sociedades mercantiles capitalistas: art. 130 TRLSA, la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos; en la SRL el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, art. 66.

El carácter gratuito del cargo puede tener además de repercusiones fiscales, de responsabilidad. El art. 18 del Código civil italiano, al tratar de la responsabilidad de los administradores de las fundaciones, remite a las normas del mandato, reconociéndose que cuando la actividad es desarrollada gratuitamente la responsabilidad por culpa es evaluada con menor rigor (*vid.* art. 1710 Cc italiano, 1726 Cc español).

La ley francesa de *Fondation d'Entreprise* establece que los miembros del *Conseil d'administration*, ejercen su función *à titre gratuit*, art. 19.4, *in fine*, Loi 90-559.

(37) En los estatutos de la fundación alemana *Carl Zeiss*, y como requisito para ser miembro de los Consejos de Gerencia, se establece, parágrafo 26, que "... sólo pueden ser nombradas aquellas personas que sean *expertas* en la parte científica o técnica o mercantil del negocio de que se trate...". Consejos de Gerencia, que con el Consejo Especial y el Diputado, integran la organización de la fundación. *Vid.* GOYDER, George *El porvenir de la empresa privada. Un estudio sobre responsabilidad*, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 148 y 149.

Puede tratarse de personas que voluntariamente prestan sus servicios, *pueden ser miembros del Patronato*, pero también puede ocurrir que se trate de empleados, que a cambio de un salario realizan un trabajo remunerado y por cuenta ajena. La jurisdicción competente para conocer de las controversias que en este ámbito se susciten será la laboral y no la civil. No se trata de un contrato civil el que se celebra entre las partes, sino de un verdadero contrato laboral, una vez que concurren las características propias del mismo (38).

2. Reuniones y acuerdos

Las reuniones del Patronato serán convocadas por su presidente y se entenderán válidamente constituidas cuando concurren a ellas, presentes o representados, por lo menos la mitad más uno de sus miembros. Se requerirá una comunicación escrita dirigida al presidente con carácter especial para cada reunión. Sus acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de asistentes, y será dirimente en caso de empate el voto de su presidente. Será necesario el voto favorable de las dos terceras partes de los asistentes siempre que, además, suponga mayoría absoluta del número de sus miembros, para la adopción de los acuerdos en que así se establezca expresamente en el presente Reglamento (*vid.* art. 13, reglamento gallego, Decreto 248/1992).

Téngase en cuenta que en los estatutos se expresarán, también, “... la forma de deliberar y adoptar acuerdos”, art. 6 e) Ley gallega, 7/1983; estatutos que están comprendidos en la escritura pública de la carta fundacional, art. 5 c) Ley gallega, 7/1983.

(38) Acerca de las relaciones laborales con las fundaciones, pero no de alcance sustantivo, sino de índole procesal, se plantean cuestiones como la reclamación de salarios, y la no exigencia de reclamar previamente al Protectorado ni de constituir depósito previo para recurrir: *vid.* STS de 7 de marzo de 1955 (RJA, 975).

La aplicación de normativa laboral se aprecia en determinadas fundaciones de Derecho privado. Tenemos el ejemplo, en Galicia, de la fundación Hospital Verín, cuando al tratar de su régimen jurídico, art. 3.2 de sus estatutos dispone: “La fundación somete su actuación a las normas de Derecho civil, mercantil y laboral que le sean de aplicación”. Destaca PALOU BRETONES que la FHV está concebida como una *forma privada de empresa*, dirigida y controlada por la Administración, aunque se rige por normas civiles, mercantiles y laborales. *Vid.* PALOU BRETONES, Antonio, *Régimen tributario de las fundaciones. Un caso práctico: fundación Hospital Verín*, Madrid, Trivium, 1994, pp. 24 y 25.

La Ley 30/1994 se limita, en este punto, a señalar que la forma de deliberar y adoptar acuerdos se hará constar en los estatutos, art. 9.1 e), estatutos que forman parte de la escritura de constitución, art. 8 d) (39).

3. Competencias generales

Además del reconocimiento que el Patronato tiene de órgano de gobierno, gestión y representación, que son sus atribuciones definitivas; a lo largo de la legislación fundacional se observan cometidos muy concretos del que, tradicionalmente, se concibe como el más importante órgano de una fundación (40). Esa amplitud de capacidad se desprende de la lectura general de la legislación fundacional y, además, como principio general. La legislación gallega se pronuncia en ese sentido: las fundaciones se regirán por el órgano de gobierno establecido por el fundador que ostentará su representación y abarcará *todas las facultades* que sean necesarias para la realización de los fines fundacionales (*vid.* art. 12 ley gallega, Ley 7/1983). Aclaro que en la *praxis*, aunque la ley gallega se refiere al “*órgano de gobierno*”, el gobierno de la fundación se puede concibir en plural, así se permite que “los *órganos de gobierno*” de la fundación se estructuren en niveles jerarquizados, por ejemplo: Patronato, Órgano de Gestión y Director Gerente. De manera que la gestión de la fundación, tal como se diseña, gravita sobre la figura del Director Gerente, por ejemplo, y no sobre el Patronato propiamente concebido, y tradicionalmente considerado como órgano de gestión, representación y gobierno fundacional (41).

(39) En el mismo sentido que la Ley 30/1994 se manifiestan, en relación a la constancia estatutaria de la forma de deliberar y adoptar acuerdos y la carta fundacional conteniendo los estatutos: ley catalana, Ley 1/1982, arts. 9.1, *in fine*, y 8 e); ley canaria, Ley 1/1990, arts. 6 e) y 5 e); ley vasca, Ley 12/1994, arts. 7.1 g) y 6 d).

(40) Lo reconoce el profesor DE CASTRO cuando afirma que “la peculiaridad de las fundaciones reside en el difícil juego de contrapesos, imprescindible, entre la voluntad del fundador, doblemente respetable, la que puede conceder poderes prácticamente ilimitados a los patronos, y los poderes protectores del Estado para cuidar que la voluntad del fundador sea guardada por los sucesivos patronos —a través de los años o de los siglos— y que los patronos no dediquen el patrimonio fundacional a otros fines que a aquellos benéficos para los que el Estado ha permitido su vinculación”. *Vid.* DE CASTRO y BRAVO, Federico, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1984, p. 302. 1.^a edición, 1981.

(41) Así ocurre en la fundación Hospital de Verín (FHV). La constitución de la FHV fue autorizada por el Consejo de la Xunta de Galicia en su reunión del día 23 de agosto de 1993, otorgándose escritura pública de constitución y protocolización de sus

Insiste el reglamento gallego, en relación al patrimonio de la fundación, que su adquisición, administración y disposición le corresponde a sus órganos de gobierno, de acuerdo con sus estatutos y con sujeción a las normas establecidas en la ley y en el reglamento (vid.: art. 17.1, Decreto 248/1992) (42).

estatutos en Santiago, el 15 de septiembre de 1993, ante el Notario D. Domingo Enrique Gutiérrez Domínguez, bajo el número mil doscientos veintinueve de su protocolo. La dotación inicial de la fundación fue de cien millones de pesetas, realizada por el Servicio Gallego de Salud; tiene como razón de ser, como toda fundación, la consecución de fines de interés general, con arreglo a la ley (art. 34.1 CE), y en el presente caso viene reforzado por sus objetivos de carácter público, enmarcados dentro del contexto del art. 43 de la Constitución, reconocimiento del derecho de protección a la salud. Se ajusta a la normativa básica prevista en los arts. 35 y concordantes del Cc; sometiéndose a las normas de Derecho civil, mercantil y laboral que le sean de aplicación; rigiéndose, fundamentalmente, por la ley gallega de fundaciones, Ley 7/1983, reformada parcialmente por la Ley 11/1991 y el Reglamento, Decreto 248/1992.

Los *órganos de la fundación* se pergeñan en los estatutos de la FHV, distinguiendo: a) *órgano de gobierno*, Patronato, integrado por el Presidente, el Vicepresidente, los vocales y el Secretario del mismo; b) *órganos de gestión*, serán el Director Gerente y los demás cargos directivos del primer nivel de la fundación, art. 10 de los estatutos. Destaco que el Director Gerente es el superior *órgano unipersonal* de gestión de la fundación; la fundación formalizará con el Director Gerente un *contrato laboral* adecuado a su cometido funcional; ostenta por delegación del Presidente la *representación* de la fundación, *administra* el patrimonio de la fundación y desarrolla la política de personal diseñada por el Patronato, art. 17 estatutos.

Sobre esta fundación (FHV), vid. PALOU BRETONES, Antonio, *Régimen Tributario de las fundaciones. Un caso práctico: fundación Hospital Verín*, Madrid, Trivium, 1994, pp. 28-30.

Otro ejemplo de concepción plural del gobierno de las fundaciones nos lo proporciona la fundación *Carl Zeiss*, cuando en el parágrafo 4 de sus estatutos y en el epígrafe relativo a la organización de la fundación se afirma: "Se formará un *Consejo Especial de la fundación* que represente a la fundación *Zeiss* en su conjunto, que administre sus bienes y efectos y que ejerza la dirección suprema de sus asuntos. Para dirigir las operaciones industriales de la fundación y la administración de sus diferentes establecimientos serán instituidos como ulterior organización de la fundación junto con el Consejo Especial: *Consejos de Gerencia* de los diferentes establecimientos de la fundación a la sazón. Un funcionario permanente, el *Diputado de la fundación*, nombrado para representar al *Consejo Especial* en los *Consejos de Gerencia*; ambos, *Consejos de Gerencia* y *Diputado*, serán nombrados por el *Consejo Especial* de conformidad con los arts. de este estatuto. Vid. GOYDER, George, *El porvenir de la empresa privada. Un estudio sobre responsabilidad*, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 138 y 139.

(42) Vid. art. 12.2 y 17.2, Ley 30/1994; art. 11.2, Ley 1/1982 catalana; art. 9.2, Ley canaria, 1/1990; art. 10.2, Ley vasca. De toda esta normativa se deduce la amplia capacidad jurídica y de obrar que a las fundaciones se concede, y que se actúa por medio del órgano de realización del fin fundacional: el Patronato, disposiciones especiales que ratifican lo dispuesto en los arts. 37 y 38 del Cc.

La dotación patrimonial inicial de una fundación debe ser suficiente para cubrir los fines de interés general que esa fundación pretenda (43), pero nadie duda de la importancia que las herencias, donaciones y legados tendrán para la buena marcha de una fundación, por este motivo la legislación fundacional, al tratar los cometidos del Patronato, destaca este punto a la hora de ocuparse de las competencias generales de los legítimos representantes de esta persona jurídica fundacional. Veamos: la ley gallega, Ley 7/1983, establece que los *legítimos representantes* de las fundaciones *podrán* aceptar herencias, legados y donaciones. Las herencias a favor de una fundación se entienden aceptadas siempre a beneficio de inventario. Las herencias y legados a favor de una fundación no pueden ser repudiados, ni las donaciones rechazadas sin la autorización previa y expresa del Protectorado. Para la aceptación de legados y donaciones con carga será necesaria, asimismo, la autorización expresa del Protectorado (*vid.* art. 15).

En la Ley 30/1994 observo una serie de variantes en relación a la ley gallega, fundamentalmente, una menor injerencia del Protectorado, así, tratándose de la aceptación de legados o donaciones con cargas sólo se requerirá la previa autorización del Protectorado —ni siquiera se refiere la Ley 30/1994 a “*autorización expresa*”—, cuando “... puedan —la aceptación de legados o donaciones con carga— desnaturalizar el fin fundacional...”, art. 20.2, Ley 30/1994, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, Disposición final primera 5, Ley 30/1994.

Además, en sede de repudiación, se ofrece una alternativa a la rigidez de la ley gallega que exige “*autorización previa y expresa* del Protectorado” —la Ley 30/1994 pide autorización sin más, esto es, sin la connotación: *previa y expresa*—, y es la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público, disponiendo que no se podrán repudiar herencias o legados ni dejar de aceptar donaciones sin la previa autorización del Protectorado, o en defecto de éste (*sic*), sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público (*vid.* art. 20.3). Fijémonos en la participación de la autoridad judicial, en detrimento del órgano de control, el Protectorado. De hecho, esta disposición, art. 20.3, último inciso, constituye legislación procesal dictada al amparo del art. 149.1.6.ª de la Constitución, Disposición final primera 3.

(43) En otro caso, se produciría la extinción de las fundaciones, art. 39 Cc: “... por ser ya imposible aplicar al fin la actividad y los medios de que disponían...”. Tratándose de S.A., por “... imposibilidad manifiesta de realizar el fin social...”, art. 260.3 TRLSA; en el mismo sentido, art. 104.1 c) LSRL.

Pero, aún así, esta intervención judicial es inferior a la que resulta del Código civil, art. 993: “Los *legítimos representantes* de las... fundaciones capaces de adquirir podrán aceptar la herencia que a las mismas se dejare; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público”. REBOLLO ALVAREZ-AMANDI (44) sostiene que la ley de fundaciones, por su carácter especial y posterior, es de aplicación preferente, luego sólo se exige aprobación judicial en defecto de autorización del Protectorado. Considero que, además, el art. 34.1 de la CE resulta suficientemente clarificador cuando reconoce el derecho de fundación, pero, “... con arreglo a la ley”, y la ley, en este caso, es la que desarrolla el art. 34.1 de la Constitución, es decir, la Ley 30/1994 (45).

(44) *Vid.* REBOLLO ALVAREZ-AMANDI, Alejandro, *La nueva Ley de fundaciones*, Madrid, Centro de Estudios Financieros, 1994, pp. 51-53.

(45) Aplicación de la Ley 30/1994, claro está, sin perjuicio de lo dispuesto, en su caso, por la legislación existente en distintas Comunidades Autónomas. Así, en Cataluña, Ley 1/1982, el art. 6. 3 y 4 dispone: “3. Las herencias a favor de una fundación no pueden ser repudiadas sin autorización previa del Protectorado. 4. Las herencias a favor de una fundación se entienden aceptadas siempre a beneficio de inventario”. No contempla los supuestos de repudiación de legados y de no aceptación de donaciones, por lo que se aplicará, en consideración al carácter supletorio de la ley nacional, el art. 20 de dicha ley, Ley 30/1994. La ley canaria, Ley 1/1990, sí se ocupa de los legados y donaciones, estableciendo en su art. 15 que: “1. Las herencias en favor de una fundación se entenderán aceptadas siempre a beneficio de inventario. 2. Las herencias y legados no podrán ser repudiados por la fundación ni las donaciones rechazadas sin la previa autorización del Protectorado. 3. La aceptación de donaciones o legados de bienes gravados exigirá la autorización expresa del Protectorado”.

En relación al País Vasco, la Ley 12/1994, el Patronato podrá tener una libertad superior de actuación a tenor de lo reconocido por su Exposición de Motivos cuando afirma: “... las atribuciones administrativas quedan limitadas a *promover* la intervención judicial, en aras al principio de tutela judicial efectiva, pieza clave del Estado de Derecho” (*vid.* art. 24 CE). El art. 21 de la ley vasca es un claro reflejo de esa idea: “Los *representantes de la fundación* podrán aceptar o repudiar herencias, legados o donaciones siempre que lo consideren conveniente para la fundación, pero deberán ponerlo en *conocimiento* del Protectorado, que podrá ejercer judicialmente las acciones de responsabilidad procedentes frente a los miembros de los órganos de gobierno, cuando de su actuación se derive algún perjuicio para aquélla”. También el art. 22 de la ley vasca, en relación a los actos de disposición o gravamen sobre los bienes o derechos que formen parte de la dotación patrimonial exige simplemente un “dar cuenta inmediatamente” al Protectorado, necesitando dicha comunicación para someter a arbitraje o transacción los bienes señalados. Mientras que la ley catalana, Ley 1/1982, establece la necesidad de obtener previamente la *autorización* del Protectorado para gravar los bienes de la dotación o consumir una parte de éstos, lo mismo que para quedar eximido de la obligación de reinvertir, art. 4.3. *Autorización* del Protectorado que también exige la ley canaria, Ley 1/1990, art. 14.3, para cualquier gravamen o disminución de los bienes fundacionales para el mejor cumplimiento de los fines de la fundación.

El reglamento gallego, Decreto 248/1992, establece como norma general la posibilidad de que el *Patronato* pueda realizar la adquisición de bienes tanto a título oneroso como gratuito, *sin otras limitaciones* que las establecidas en la ley y los estatutos, precisando que será necesaria la autorización del Protectorado para la inversión en obras extraordinarias de conservación y reparación de inmuebles de la fundación, considerándose como tales aquellas en que el costo exceda del 10 por 100 del valor del activo de la fundación, así se deduce del art. 18 del citado reglamento.

Además, se observa en la normativa fundacional gallega una amplia regulación en relación a la disposición y gravamen de los bienes, así como una importante participación del órgano de gobierno. En relación a la disposición de bienes se señala que sólo se podrá disponer de los bienes de la fundación a título gratuito, cuando con la donación o cesión gratuita se cumplan directamente fines fundacionales, y *medie acuerdo del gobierno de la fundación* adoptado con la mayoría prevista en el art. 13.3 (voto favorable de las dos terceras partes de los asistentes siempre que, además, suponga mayoría absoluta del número de sus miembros), así como autorización del Protectorado si los estatutos no se la atribuyen específicamente al *Patronato*. La enajenación a título oneroso de los bienes inmuebles de la fundación destinados con carácter permanente al cumplimiento directo de sus fines sólo podrá realizarse en las condiciones establecidas por el fundador o en las que señale el Protectorado para cada caso. *El órgano de gobierno* de la fundación podrá disponer en los mercados oficiales de los valores de su propiedad que se coticen en ellos, *sin necesidad de autorización* del Protectorado, siempre que la venta se haga a precio de cotización, pero deberá reflejarse en la memoria anual la justificación de la venta o

En Navarra la actividad, competencias del Patronato no se verán sometidas a tantos límites como en otras legislaciones de fundaciones, se deduce de la simple lectura en su Compilación, Ley 1/1973, de la ley 46: "Salvo que otra cosa se disponga en los estatutos, corresponde al *Patronato*, *plenamente y sin limitación alguna*, las facultades siguientes: 1) las de administración y disposición del patrimonio de la fundación; 2) la de interpretar la voluntad del fundador; 3) las de inversión, realización, transformación y depósito de los bienes y aplicación de los mismos a los fines fundacionales; 4) las de confeccionar los presupuestos y aprobar las cuentas *por sí solo* y con plenitud de efectos". Si bien esta ley 46 sí reconoce, en detrimento de la participación de la autoridad administrativa, la intervención del Ministerio Fiscal cuando señala: "Tratándose de fundaciones constituidas por voluntad privada, el fundador podrá eximir a la fundación de toda intervención administrativa. Sin embargo, a instancia de cualquier persona, el Ministerio Fiscal podrá inspeccionar la gestión e instar y ejercitar las acciones procedentes".

el destino del precio percibido. Para la enajenación de los demás bienes y derechos se requerirá que el importe del precio se reinvierta en la adquisición de otros de la misma naturaleza, y que se obtenga la autorización del Protectorado, la cual se entenderá concedida si no se opusiere a la enajenación en el plazo de tres meses a partir de la *comunicación del órgano de gobierno*. Las autorizaciones del Protectorado pueden concederse con carácter genérico respecto a las enajenaciones de bienes ya amortizados totalmente que quedasen obsoletos o que obedeciesen a evitar un daño o perjuicio grave a la fundación. Tales autorizaciones genéricas mantendrán su vigencia mientras no se revoquen, pero se deberán comunicar al Protectorado, con expresión de las circunstancias, todas las enajenaciones, que en el uso de ellas, fuesen acordadas por el *órgano de gobierno*, y no exonerarán a éste de la responsabilidad en que, en su caso, pudiese haber incurrido (*vid.* art. 19).

Tratándose del gravamen de bienes, se dispone que no se podrán gravar bienes de la dotación de la fundación o consumir parte de ellos sin la autorización previa del Protectorado. En los demás casos, los *órganos de gobierno* de la fundación podrán, libremente y bajo su responsabilidad, constituir gravámenes o garantías sobre los bienes de la fundación, pero deberán comunicárselo al Protectorado en cada caso y hacerlo constar también en la memoria anual (*vid.* art. 20).

En estas actividades de disposición o gravamen, así como las de comprometer en árbitros de equidad o para celebrar transacciones respecto de los bienes y derechos fundacionales, la Ley 30/1994 establece siempre una necesidad de autorización del Protectorado o, en su caso, comunicación al mismo, art. 19.

En sede de *autocontratación*, se posibilita con carácter general, disponiendo el art. 26 que "*los patronos* podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado". Frente al art. homólogo de la ley vasca, Ley 12/1994, en la que la regla es la *interdicción de la autocontratación*, establece el art. 14 que "*los miembros del órgano de gobierno* no podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, salvo autorización del Protectorado".

4. Obligaciones

Independientemente de las obligaciones y deberes que, a lo largo de la regulación de una determinada persona o posición en el

seno de una relación jurídica, se establecen (46), normalmente siempre un art. o serie de arts. se dedican a concretar lo que se opina que constituyen esas obligaciones, deberes, responsabilidades esenciales. Así ocurre, como no podía esperarse de otro modo, con el señalamiento de las obligaciones que competen al Patronato; disponiéndose en la Ley gallega, 7/1983, que los miembros del órgano de gobierno de la fundación están obligados a: cumplir y hacer cumplir estrictamente los fines fundacionales de acuerdo con lo dispuesto en los estatutos de la fundación; conservar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación y mantener plenamente la productividad de los mismos, según criterios financieros y de acuerdo con las circunstancias económicas; servir el cargo con la diligencia de un administrador leal, según establezca la ley y los estatutos (*vid.* art. 16).

Redacción similar es la que ofrece la Ley 30/1994, en su art. 12.2: "Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos". Añade el art. 15.1 que los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal. La ley gallega se refiere a la diligencia de un administrador leal, en realidad la cuestión no resulta problemática, representación y administración son cometidos propios del órgano de gobierno.

Se observa una mayor concisión en la ley gallega, al señalar que las citadas obligaciones se cumplirán: *de acuerdo* con los estatutos, *según* criterios financieros y circunstancias económicas, *según* la ley y los estatutos. Pero esta carencia de la Ley 30/1994 se subsana al establecer lo que denomina *principios de actuación*, que obligan a las fundaciones, y por ende a su órgano de gobierno, contenidas en su art. 21, y son las siguientes: a) destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente ley y los estatutos de la fundación, a sus fines fundacionales; b) dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás

(46) Por ejemplo, una obligación aislada, pero no por eso menos importante, es la que compete al *órgano de gobierno de la fundación*, o a los fundadores, según los casos cuando el reglamento gallego, Decreto 248/1992, en su art. 33.3, les *obliga*, bajo su responsabilidad, a solicitar la inscripción y presentar en el Registro la documentación relativa a todos los actos inscribibles. Sin perjuicio de que el Protectorado promueva de oficio la inscripción en los supuestos expresamente previstos en la ley o en el reglamento.

interesados; y c) actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios (47).

5. Medidas cautelares

Ha sido el reglamento gallego, Decreto 248/1992, el que se ha ocupado de estas medidas cautelares, sin perjuicio de disposiciones aisladas que se desprenden de la Ley 7/1983.

5.1. Suspensión

El reglamento gallego, dispone que la suspensión de los miembros de los órganos de gobierno de la fundación se producirá: a) en los casos establecidos en los estatutos y en las leyes; y b) cuando así lo acuerde la autoridad judicial, en los casos en que, de conformidad con lo previsto en este reglamento, el Protectorado instase judicialmente su remoción. Si la suspensión afectase a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno, el Protectorado podrá nombrar un comisario especial que lo sustituya en el ejercicio de sus funciones hasta que se regularice su composición (*vid.* art. 10).

Por su parte, la ley gallega, Ley 7/1983, permite al Protectorado *interesar la suspensión* previa de los miembros del órgano de gobierno durante el trámite o procedimiento —se refiere a los casos en que el Protectorado ha promovido ante los tribunales la remoción de los miembros del órgano de gobierno de la fundación en el caso de grave incumplimiento de las obligaciones estatutarias o disposiciones de la ley—, art. 22 e), segundo párrafo. Además, en el mismo art. 22 de la Ley gallega, 7/1983, apartado f), reformado por Ley 11/1991, se dispone, entre las facultades del Protectorado, la de asumir provisional-

(47) En el mismo sentido que la ley gallega, se manifiesta la ley vasca, Ley 12/1994, art. 13 y la ley catalana, Ley 1/1982, en su art. 12.1. Resulta curioso como, en relación a los patronos, la ley gallega y la ley vasca los obligan a *cumplir y hacer cumplir* las expresadas obligaciones, en la Ley 30/1994, art. 12.2, a *cumplir*, y en la ley catalana a *hacer que se cumplan* dichas obligaciones. La ley catalana, señala, además, entre las funciones del Protectorado: advertir a los *órganos de gobierno* de las fundaciones acerca de lo que deben realizar para cumplir sus obligaciones. También la ley canaria, Ley 1/1990, art. 11, se expresa en los términos de la ley gallega, catalana y vasca, estando obligados los componentes del Patronato a *observar y cumplir escrupulosamente* los fines fundacionales, y demás obligaciones que he expuesto.

mente la gestión de las actividades de la fundación, cuando carezca de órgano de gobierno, cuando éste estuviese *suspendido en sus funciones por decisión judicial* o cuando el Patronato no se reuniese a lo largo de dos ejercicios consecutivos. La situación provisional no podrá prolongarse por más de dos años, plazo dentro del cual deberá dotarse a la fundación de los órganos estatutarios de gobierno; de no ser posible, se procederá a su disolución y liquidación. En el caso de *suspensión judicial*, el plazo se contará a partir de que ésta cese. El reglamento gallego, Decreto 248/1992, en el art. 9.2, en relación a las vacantes, señala que “el Protectorado proveerá al nombramiento del Patronato en los casos previstos en el art. 22 f) de la ley”, al que me he referido.

La Ley 30/1994, trata, sucintamente, la *suspensión de los patronos*, art. 16.3, que podrá ser acordada cautelarmente por el juez cuando se entable contra ellos la acción de responsabilidad. Téngase en cuenta, que esta disposición, art. 16.3, figura entre las que constituyen legislación procesal dictada al amparo del art. 149.1.6.^a de la Constitución (Disposición final primera.3, Ley 30/1992) (48).

5.2. Otras medidas cautelares

Se enmarcan en este apartado supuestos en los que existen *irregularidades* en el desempeño del cargo de patrono, que pueden conducir, también a que se adopten medidas cautelares de las que me ocupo en este trabajo, como la *suspensión judicial*. Así el reglamento gallego, Decreto 248/1992 dispone que de haber fundada sospecha de graves irregularidades en el cumplimiento de sus deberes por parte de uno o varios de los miembros del órgano de gobierno de la fundación, los restantes miembros de dichos órganos deberán dar cuenta de esto al Protectorado. Los beneficiarios de la fundación podrán asimismo poner en conocimiento de sus órganos de gobierno y del Protectorado la existencia de tales irregularidades. En los casos de denuncia, el Protectorado, después de la tramitación del expediente, podrá adoptar motivadamente las medidas cautelares que

(48) El Tribunal Supremo considera “... más que oportuno o conveniente, obligado para el Protectorado, separar de un cargo de administración en tanto se depura su actuación, a quien indiciariamente administra mal, para evitar de esa forma una continuación de ello en el intervalo presumiblemente posible”, *vid.* STS de 10 de marzo de 1989 (RJA, 1964). El Código Penal —Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre—, establece la posibilidad de que el Juez o Tribunal, en supuestos previstos en el CP, puedan imponer consecuencias accesorias como la disolución de la Fundación y la suspensión de sus actividades (*vid.*, art. 129 CP).

sean procedentes, sin perjuicio de la suspensión judicial del denunciado en el ejercicio de sus cargos, en su caso. El Protectorado, cuando concurren causas muy graves, podrá también de oficio adoptar las medidas cautelares a que se refiere el presente art. (*vid.* art. 11).

Puede incluirse en este apartado el caso de *sustitución de los patronos*, a que se refiere el art. 16.1 de la Ley 30/1994, que se producirá en la forma prevista en los estatutos. Cuando ello no fuere posible se procederá de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de esta ley (sobre la modificación estatutaria), quedando facultado el Protectorado, hasta que la modificación estatutaria se produzca, para la designación de la persona o personas que integran provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación: art. 16.1 de aplicación a las fundaciones de competencia estatal (Disposición final primera 5, Ley 30/1994).

5.3. El cese de los patronos

Se establecen en el reglamento gallego, Decreto 248/1992 una serie de supuestos de cese, con una cláusula abierta a los estatutos que pueden configurar otros casos de cesación, como vemos a continuación. A saber: por muerte, inhabilitación o incompatibilidad; por incurrir en alguna de las prohibiciones establecidas en el art. 6 de este reglamento (quebrados y concursados no rehabilitados, menores e incapacitados —a no ser que fueren miembros natos—, condenados a penas que lleven aneja la inhabilitación para el ejercicio de cargo público, y las demás personas en las que concurren causas de incompatibilidad establecidas en las leyes); haber sido condenado por sentencia firme como consecuencia del ejercicio de la acción fundacional de responsabilidad; por dejar de desempeñar el cargo por razón del cual fueron designados, sin perjuicio de su sustitución por el nuevo titular del cargo; por transcurso del plazo, si han sido designados por tiempo determinado, sin perjuicio de su reelección; por renuncia, la cual producirá efecto desde el momento en que se le notifique formalmente al órgano de gobierno de la fundación; por remoción acordada por el fundador, por el órgano de gobierno de la fundación con la mayoría a la que se refiere el art. 13.3 de este reglamento (voto favorable de las dos terceras partes de los asistentes siempre que, además, suponga mayoría absoluta del número de sus miembros) o por los tribunales, a instancia del Protectorado, después de la tramitación de expediente —este apartado se relaciona con el art. 22 e), primer párrafo, de la Ley gallega, 7/1983, que entre las facultades del Protectorado señala la de promo-

ver ante los tribunales la *remoción de los órganos de gobierno* de la fundación en el caso de grave incumplimiento de las obligaciones estatutarias o disposiciones de la presente ley—; por las demás causas establecidas en los estatutos (*vid.* art. 12).

La Ley 30/1994 se ocupa de esta cuestión en el art. 16.2, disposición que figura entre las que califica la ley como de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial —Disposición final primera 2 b)—. Por esta razón interesa tener en cuenta las causas de cese en ella contempladas, y no en la legislación gallega, por ejemplo, a los efectos de una, en su caso, aplicabilidad. Así, la Ley 30/1994 se refiere, como causas de cese, a la declaración de fallecimiento de los patronos y a la extinción de la persona jurídica, art. 16.2 a); también, el no desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, si así se declara en la resolución judicial, art. 16.2 d). Además, existen algunas divergencias respecto a la Ley 30/1994, aun coincidiendo en las causas, así, el reglamento gallego, contempla la posibilidad de sustitución por el nuevo titular del cargo, en caso de cese por dejar de desempeñar el cargo por razón del cual fueron designados, sustitución no prevista, aunque pueda suponerse, en el art. 16.2 c) de la Ley 30/1994 que contempla la misma causa de cese, pero sin esa particularidad. Más completa resulta también la prevista en el reglamento gallego, respecto de la Ley 30/1994, art. 16.2 f), aunque pueda presumirse, y es que la causa de cese por transcurso del plazo, caso de ser designados por tiempo determinado, se completa en el reglamento gallego con la connotación: “... sin perjuicio de su reelección”. Sí existe clara divergencia entre el reglamento gallego, al referirse a la renuncia y *notificación formal al órgano de gobierno de la fundación*, y el apartado g) del art. 16.2 de la Ley 30/1994, más completo que el apartado homólogo gallego, y con distinto destinatario de la notificación, establece el citado apartado g), art. 16.2, como causa de cese: “Por renuncia, que deberá hacerse mediante comparecencia al efecto en el Registro de fundaciones o bien en documento privado con firma legitimada por Notario, que se hará efectiva desde que se *notifique formalmente al Protectorado*” (49).

(49) En la ley catalana, Ley 1/1982, art. 15.2 d), entre las funciones del Protectorado de la *Generalitat* figura la de “... sugerir, en caso de incumplimiento de obligaciones por parte de los miembros de los órganos de gobierno, al tribunal que conviene *suspender* en todo o en parte a los patronos y apoderados en el ejercicio del cargo o tomar *otras medidas cautelares* adecuadas”. Por su parte, la ley canaria, Ley 1/1990, dispone en su art. 24, entre las funciones del Protectorado: e) “Promover ante los tribunales ordinarios la *suspensión* o *remoción*, en su caso, de los miembros de los órganos del Patronato cuando apreciase grave

Nótese que estos eventos de cambios, ceses... en los órganos de gobierno, merecen reflejo estatutario. Así, la ley gallega, Ley 7/1983, art. 6 e), entre los extremos que deben figurar en los estatutos, cita la *renovación* de los miembros del órgano de gobierno. Por su parte, el art. 9 e) de la Ley 30/1994 manda que conste en los estatutos: la *sustitución* de los miembros del Patronato, así como las *causas de su cese* (50).

La importancia de la suspensión, remoción y cese de los miembros de los órganos de gobierno se deduce de la necesidad de su *constancia registral*, por tratarse de *actos inscribibles*, así está previsto en el art. 34.3, *in fine*, del reglamento gallego, Decreto 248/1992. Insiste el art. 12.2 del mismo reglamento que “los casos de cese de los miembros del Patronato se inscribirán en el Registro de fundaciones de interés gallego”. También la Ley 30/1994, en el art. 16.4 establece que “la sustitución, cese y suspensión de patronos se inscribirán en el Registro de fundaciones”, norma de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, Disposición final primera 5, Ley 30/1994.

Téngase presente que en la Memoria anual de la fundación deberá reflejarse, como así se establece en el art. 27.3 del reglamento gallego, Decreto 248/1994: “Los cambios de los componentes de los órganos de gobierno y dirección de la fundación, así como su suspensión y remoción” (51).

incumplimiento de sus obligaciones”; y en el apartado f) del mismo art. 24: “Asumir provisionalmente, en el supuesto de *suspensión total o parcial* del Patronato decretada judicialmente, la gestión de la actividad fundacional y adoptar *toda medida cautelar* ordenada por el órgano judicial en salvaguardia del interés público de la finalidad fundacional”. En la ley vasca, Ley 12/1994, la *sustitución* de los miembros de los órganos de gobierno se producirá en la forma establecida en los estatutos, sin perjuicio del supuesto contemplado en el art. 38 (se refiere a la asunción provisional de la gestión de la actividad fundacional por parte del Protectorado, entre otras causas, por la *suspensión* del órgano de gobierno en sus funciones por decisión judicial), art. 16.1. La Exposición de Motivos de la ley vasca, punto II, al configurar al órgano administrativo, el Protectorado, como eminentemente asesor e informador, le permite *promover ante las autoridades judiciales las acciones de responsabilidad, sustitución...* En las causas del *cese* de los miembros del órgano de gobierno, se reproduce, casi fielmente, el art. 16.2 de la Ley 30/1992, art. 16.2 ley vasca; en relación a la *suspensión* de los miembros del órgano de gobierno, podrá ser acordada por el Juez cuando se entable contra ellos la acción de responsabilidad por no desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, si así se declara en resolución judicial, art. 16.3, Ley 12/1994.

(50) La ley catalana, Ley 1/1982, art. 9 e), establece que figure en los estatutos la *renovación* de los patronos. La ley canaria, Ley 1/1990, art. 6 e), dispone que la *renovación* de los miembros del órgano de gobierno figure en los estatutos. La ley vasca, Ley 12/1994, art. 7 g), entre el contenido mínimo de los estatutos, solicita que figure, la *sustitución*, así como las *causas de cese* de los miembros del órgano de gobierno.

(51) El art. 16.4 de la ley vasca, Ley 12/1994, señala que la *sustitución, cese y suspensión* de los miembros del órgano de gobierno se inscribirá en el Registro de fundaciones.

6. Responsabilidad

Si se desea que el Patronato represente a la fundación con amplitud de facultades, otorgándole una amplia capacidad, y se quiere un órgano de gobierno con un control flexible del Protectorado, será condición imprescindible el establecimiento de una *responsabilidad* que asegure que toda la actividad del Patronato se encauce a la realización del interés general.

6.1. Responsabilidad ante la fundación

La ley gallega, Ley 7/1983, dispone en su art. 17.1: "Los miembros de los órganos de la fundación son responsables frente a ella en los términos que establezcan las leyes. Quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieron al acuerdo determinante de la misma o no hubiesen participado en su adopción" (52).

La responsabilidad frente a la fundación de los patronos se fija con más precisión en la Ley 30/1994, cuando en su art. 15, después de señalar que los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal, art. 15.1, dispone que los patronos responderán frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente. Quedando exentos de responsabilidad quienes se opusieron *expresamente* al acuerdo determinante de la misma o no hubieren participado en su adopción, art. 15.2 (53).

La instrucción catalana, Decreto 160/1982, en su número 34, apunta que la Memoria anual de las actividades y gestión económica contendrá separadamente los siguientes capítulos... e) cambios en los componentes del Patronato.

(52) Un ejemplo concreto de responsabilidad de los patronos se encuentra en las Disposiciones transitorias de la ley gallega, Ley 7/1983: Primera: "En el término de dos años las fundaciones constituidas con anterioridad y sujetas a esta ley deberán adaptar sus estatutos a los preceptos de la misma y presentarlos en el Registro de fundaciones de la Comunidad". Segunda: "El incumplimiento de la obligación precitada determinará la suspensión de la actividad de la fundación y la exigencia de *responsabilidad a los patronos*". En relación a la suspensión de la fundación, recuérdese que las fundaciones sólo pueden ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada —*vid.* art. 34.2 y 22.4 CE—. Claro que, en relación a la *motivación* "las sentencias serán *siempre* motivadas y se pronunciarán en audiencia pública", art. 120.3 CE.

(53) En el Decreto 2930/1972, de fundaciones culturales, también se concreta la responsabilidad; obsérvese lo dispuesto en el art. 16.1: "Los miembros de los órganos de gobierno y dirección de la fundación son responsables frente a la fundación en los

6.2. En relación a la acción de responsabilidad

Del ejercicio de esta acción se ocupan la ley y el reglamento gallegos. Así, el art. 17.2 de la Ley 7/1983 establece que “la acción de responsabilidad será ejercitada ante los Tribunales por la misma fundación, por el Protectorado o por quienes estén legitimados de acuerdo con las leyes”. Se complementa este precepto con lo dispuesto en el reglamento gallego, Decreto 248/1992, art. 14: “1. La acción fundacional de responsabilidad contra los miembros de los órganos de gobierno de la fundación a que se refiere el art. 17 de la ley, se promoverá ante la jurisdicción competente, en nombre de la fundación, por los daños causados a ésta por los actos de los patronos, contrarios a la ley o a los estatutos. 2. La acción debe ser ejercitada: 1) por acuerdo motivado por el órgano de gobierno. Una vez ejercitada la acción por el órgano de gobierno, no podrá éste transigir o renunciar a ella sin

términos previstos en el Código civil. Quedarán exentos de responsabilidad quienes se opusieran al acuerdo determinante de la misma y los que no participaran en la adopción del mismo, salvo que se pruebe que tenían conocimiento de ella y no expresaron su disenso”.

La ley catalana, Ley 1/1982, se pronuncia en términos similares a la ley gallega, en el art. 12.2: “Los componentes del Patronato son responsables del cumplimiento de sus obligaciones en los términos que establezcan las leyes”. Nótese la preeminencia del Poder Judicial en esta cuestión cuando la Instrucción Catalana, Decreto 248/1992, entre las que denomina con el epígrafe: *Cuestiones excluidas* —del ámbito del Protectorado—, se refiere, en el núm. 2 de la citada Instrucción, a la responsabilidad de los órganos de gobierno por sus actos y omisiones, todas las cuales se regirán por el derecho sustantivo que corresponda y *habrán de someterse a los órganos competentes del Poder Judicial*. Claro que en el apartado segundo del mismo núm. 2 de la Instrucción se afirma que: “a pesar de ello, el Protectorado... puede interponer, cuando sea preciso, las acciones judiciales correspondientes y comparecer como parte en los juicios y causas que se susciten”.

La ley canaria, Ley 1/1990, dedica el art. 12 a esta cuestión, en el apartado 1, con excesivas remisiones: “Los patronos son responsables frente a la fundación del cumplimiento de las obligaciones referidas en el art. 11 —sobre obligaciones del órgano de gobierno canario—, en los términos que se establecen a continuación —sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad—. Sí es descriptivo el apartado 3 de este mismo art. 11: “Quedarán exentos de responsabilidad quienes se hubiesen opuesto al acuerdo generador de la misma o no hubiesen participado en su adopción, salvo que se pruebe que tenían conocimiento del mismo y no expresaron su disenso”.

En términos similares se manifiesta la ley vasca, Ley 12/1994, art. 15.1 y 2: “1. Los miembros del órgano de gobierno son responsables frente a la fundación en los términos que determinen las leyes. 2. Quedarán exentos de responsabilidad quienes se hubiesen opuesto al acuerdo generador de la misma o no hubiesen participado en su adopción, salvo que se pruebe que tenían conocimiento de aquél y no expresaron su disconformidad”. Nótese la importancia que tendrán los “delitos societarios”. El CP —Ley Orgánica 10/1995— se refiere a ellos y responsabiliza a los administradores de sociedades que causen perjuicios —arts. 290-297—. Adviértase que el art. 297 entiende por sociedades, también, las Fundaciones.

autorización del Protectorado; b) por el Protectorado, de oficio o por instancia de cualquier miembro del órgano de gobierno, de conformidad con lo establecido en la ley o en este reglamento; y 3) por quien ostente legitimación conforme a las leyes. 3. El ejercicio de la acción fundacional de responsabilidad y la sentencia firme que recaiga se harán constar en el Registro de fundaciones”.

En el reglamento gallego se posibilita, además, el ejercicio de la acción a los *legitimados conforme a las leyes*, art. 14.2.3 y, el mismo reglamento, Decreto 248/1992, pergeña bien esta problemática cuando al lado de la *acción fundacional de responsabilidad* contra los miembros de los órganos de gobierno, contempla la *acción individual de responsabilidad*, así, el art. 15, con ese enunciado —*Acción individual de responsabilidad*— dispone: “Los beneficiarios y demás afectados por la actuación de la fundación sólo podrán *solicitar* del órgano de gobierno o del Protectorado que ejerciten la acción fundacional de responsabilidad, sin perjuicio de poder *promover personalmente* las acciones de indemnización que les correspondan por los actos del órgano de gobierno o de sus miembros que lesionen directamente los derechos o intereses legítimos” (54).

(54) Un estudio jurisprudencial deja claro que responde la persona jurídica con carácter principal y subsidiariamente los socios. El Tribunal Supremo considera responsable a la sociedad misma: STS de 16 de junio de 1956 (RJA, 2495) y señala la responsabilidad debida a la negligencia de los órganos directivos de la sociedad: *vid.* SSTS de 10 de enero de 1958 (RJA, 537), 29 de septiembre de 1964 (RJA, 4097), 3 de julio de 1968 (RJA, 3610). En la STS de 17 de marzo de 1980 (RJA, 1118), aparece una persona jurídica actuando por medio de sus órganos o representantes, con una culpa *in operando* de éstos, y culpa *in vigilando* de aquélla, que según el Alto Tribunal la hace responsable a tenor del art. 1903.4 del Cc. La extralimitación en su actuación será motivo de responsabilidad de los órganos de la persona jurídica, el Tribunal Supremo sienta que “... las personas jurídicas son capaces y reales aunque se extralimiten de su fin, sin perjuicio de las relaciones con la autoridad administrativa y la responsabilidad de sus órganos...”, *vid.* SSTS 30 de diciembre de 1975 (RJA, 4844), 15 de febrero de 1990 (RJA, 688).

La negligencia, y la extralimitación en sus atribuciones, da origen a la responsabilidad en órganos de gobierno fundacional, como se aprecia en la importante fundación alemana *Carl Zeiss Stiftung* —fundación Carl Zeiss—, establecida por Ernst Abbe en Jena (1896), que responsabiliza, parágrafo 30 de sus estatutos, a los miembros de los Consejos de Gerencia que actúen negligentemente o se excedan de sus atribuciones causando daño a la fundación, responsabilidad conjunta de todos ellos. Aclaro que los “Consejos de Gerencia”, son instituidos como un ulterior órgano de la fundación, junto con el “Consejo Especial”, que ejerce la dirección suprema. *Vid.* GOYDER, George: *El porvenir de la empresa privada. Un estudio sobre responsabilidad*, Madrid, Aguilar, 1957 (traducción del inglés por Enrique Alau Gómez-Acebo).

Adviértase, eso sí, Jurisprudencia reiterada sosteniendo la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica, directa, y aunque se valgan de personas físicas, *vid.* SSTS 22 de junio de 1992 (RJA, 5462), 10 de marzo de 1994 (RJA, 1736).

IV. LA INTERVENCIÓN DEL PATRONATO EN LA CONTABILIDAD Y PRESUPUESTOS

La contable puede constituir una de las materias más áridas de las tratadas en estas notas, pero no por ello debe descuidarse. El motivo es obvio, la aseguración del cumplimiento del art. 34.1 CE se encuentra, en parte, en estos preceptos. El interés general, propugnado como requisito *sine qua non* por el citado art. constitucional y merecedor de ser incluido en la categoría de "contenido esencial" del derecho de fundación, exigiendo su respeto el art. 53 de nuestra Carta Magna, requiere, como presupuesto para su llevanza a buen término, una observancia rigurosa de esta normativa.

La Exposición de Motivos de la Ley gallega 11/1991, de reforma de la Ley 7/1983, señala en relación a esta cuestión que "los presupuestos en la actualidad se presentan, en algunos casos, cuando ya está muy avanzada su liquidación, en los seis primeros meses del ejercicio económico, a pesar de que los presupuestos, por su carácter de previsión, se deben realizar antes de comenzar el ejercicio económico de que se trate, introduciendo ahora la obligatoriedad de presentarlos ante el Protectorado para su aprobación previa, entendiéndose que si no los presentan en ese plazo quedará prorrogado el presupuesto del año anterior. Asimismo, se regularán expresamente las causas por las que únicamente dichos presupuestos pueden ser rechazados".

Con ese criterio la ley gallega, Ley 11/1991, dispone que la actividad contable de las fundaciones debe ajustarse a las normas de contabilidad general y a las exigencias de la legislación fiscal que, en uno y

La legislación autonómica fundacional se manifiesta en términos similares a la gallega (*vid.* ley catalana, Ley 1/1982, arts. 12.3 y 15.2 d); Instrucción Catalana, Decreto 160/1982, núms. 2, 10, *in fine*, 16.1, 29 y 30 b). Ley canaria, Ley 1/1990, art. 12.2). No obstante, quiero dejar constancia del particular interés que presentan la legislación navarra y la vasca. Veamos: la ley 46.4, segundo párrafo, de la Compilación Navarra, Ley 1/1973, otorga una importante participación al Ministerio Fiscal: "Tratándose de fundaciones constituidas por voluntad privada, el fundador podrá eximir a la fundación de toda intervención administrativa. Sin embargo, a instancia de cualquier persona, el Ministerio Fiscal podrá inspeccionar la gestión e *instar y ejercitar las acciones procedentes*".

La ley vasca, Ley 12/1994, destaca, en su Exposición de Motivos, la intervención judicial en sede de responsabilidad cuando afirma: "... las atribuciones administrativas quedan limitadas a *promover* la intervención judicial, en aras al principio de tutela judicial efectiva, art. 24 CE, pieza clave del Estado de Derecho". La ley vasca permite que el Protectorado *por propia iniciativa* o a solicitud razonable *ejercitar* la acción de responsabilidad. Téngase en cuenta que la ley vasca consiente expresamente al fundador el ejercicio de la acción. *Vid.*, sobre esta cuestión, arts. 15 y 36.

en otro caso les sean aplicables. Los registros y los comprobantes de contabilidad serán los que, de acuerdo con el volumen de su patrimonio y con la naturaleza de sus actividades, sean bastantes para garantizar la veracidad de los datos contenidos en sus inventarios y presupuestos (*vid.* art. 21). El reglamento gallego, Decreto 248/1992, dedica su capítulo V a la *contabilidad y presupuestos*, además de disposiciones *ad hoc* para el *inventario-balance, memoria, presupuesto ordinario y extraordinario*, establece unas líneas generales de actuación en relación al *ejercicio económico*, a los *libros y documentación*, señalando que el *ejercicio económico* de las fundaciones será anual, y podrá coincidir o no con el año natural. Salvo que los estatutos determinen otra cosa, o la fundación tenga autorizada otra fecha de cierre a los efectos del impuesto de sociedades y así se comunique al Protectorado, se entenderá que el ejercicio fundacional termina el 31 de diciembre de cada año, *vid.* art. 24 reglamento gallego.

En relación a los *libros y documentación*, sin perjuicio de ajustarse a las normas de contabilidad general y a las establecidas por la legislación fiscal que en uno y otro caso les sean aplicables a las fundaciones, éstas gozarán de libertad para llevar su contabilidad en la forma que consideren conveniente, siempre que refleje con claridad y exactitud la situación de la fundación y el desarrollo de sus actividades. Se establece la necesidad de *formular y llevar los siguientes libros y documentación*: a) inventario-balance; b) memoria; c) presupuestos y su liquidación; d) libro diario; y e) libro de actas. Los libros citados, en el caso de no haberlo sido por otro organismo oficial, deberán ser diligenciados por el Protectorado.

Se advierte la importante actuación del órgano de gobierno, del Patronato, porque un ejemplar del inventario-balance, la memoria anual y la liquidación del presupuesto del año precedente serán enviados anualmente al Protectorado por el *órgano de gobierno* de la fundación, dentro del plazo de seis meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio, acompañados de certificación expresiva de que todos ellos son fiel reflejo de la contabilidad. Los libros, incluidos los auxiliares, que lleve la fundación, así como los registros y comprobantes de los asientos contables, serán conservados por el *Patronato* por lo menos durante un plazo de seis años, y se pondrán a disposición del Protectorado cuando éste lo solicite.

Nótese que el contenido de todos los libros y documentos citados tienen carácter reservado, salvo su utilización para la obtención de datos estadísticos globales, así como de cara a facilitar datos de actividades de la memoria que procedan, de conformidad con lo previsto en

el art. 16 del reglamento, art. al que me referiré al tratar de la *memoria*, *vid.* art. 25 del reglamento gallego.

Téngase en cuenta que entre los actos inscribibles en el Registro de fundaciones gallegas, a continuación de la primera inscripción, de clasificación y reconocimiento de la fundación, serán también objeto de la misma: la presentación del inventario-balance, memoria y liquidación de presupuestos a que la fundación venga obligada, art. 34.3 del reglamento gallego, Decreto 248/1992.

Un supuesto no contemplado en la normativa fundacional gallega es el relativo a la posibilidad de *auditoría de cuentas*, frente a la previsión de la Ley 30/1994, en su art. 23, aplicable a las fundaciones de competencia estatal —Disposición final primera 5—, establece, en concreto, el art. 23.3 de la Ley 30/1994: “Se someterán a auditoría externa las cuentas de las fundaciones en las que concurran, en la fecha de cierre del ejercicio, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias: a) que el total de su patrimonio supere los cuatrocientos millones de pesetas; b) que el importe neto de su volumen anual de ingresos sea superior a cuatrocientos millones de pesetas; y c) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a cincuenta. También se someterán a auditoría externa aquellas cuentas que, a juicio del *Patronato* de la fundación o del Protectorado, y siempre en relación con la cuantía del patrimonio o el volumen de gestión, presenten especiales circunstancias que así lo aconsejen”. Completa este apartado 3 del art. 23, el apartado 4, *in fine*, del mismo art. señalando que los informes de auditoría se presentarán en el plazo de tres meses desde su emisión. El Protectorado, una vez examinados y comprobada su adecuación a la normativa vigente, procederá a depositarlos en el Registro de fundaciones.

Aclara la Ley 30/1994 que la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de comercio cuando realicen directamente actividades mercantiles e industriales, art. 23.6 —está contemplada la realización de actividades mercantiles e industriales, expresamente en el art. 22 de la Ley 30/1994— (55).

(55) En Cataluña, según la Ley 1/1982, el ejercicio económico no podrá exceder los doce meses y deberá cerrarse en la fecha que señalen los estatutos o, si no, el 31 de diciembre. En la fecha del cierre, el Patronato formulará un inventario-balance, una memoria y practicará la liquidación del presupuesto. Estos documentos se han de presentar al Protectorado dentro de los seis meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio, *vid.* art. 13.1 y 2. Aclaro que los núms. 1 y 2 de este art. 13 han sido modificados por la Ley 21/1985, de 8 de noviembre. Por la remisión al Impuesto de Sociedades que se hace, téngase en cuenta que la nueva Ley 43/1995, de 27 de diciembre del

1. Formulación de un inventario-balance

Según la ley gallega, después de la reforma, Ley 11/1991, cada año, el *órgano de gobierno* de la fundación formulará un inventario-balance cerrado en la fecha de la conclusión del ejercicio económico, que reflejará con claridad y exactitud la situación patrimonial de la entidad en esa fecha... el plazo para la elaboración del documento y para su presentación será de seis meses, contados desde la fecha de cierre del ejercicio, art. 21.2. Completa esta norma la que expresamente se dedica al *inventario-balance* por el reglamento gallego, Decreto 248/1992, aclarando que el inventario-balance se podrá limitar al exigido para los efectos del Impuesto sobre Sociedades, en cuyo caso se entenderá cumplida la remisión al Protectorado con la entrega al mismo de una

Impuesto sobre Sociedades, en relación al *periodo impositivo*, establece en el art. 24: "1. Coincidirá con el ejercicio económico de la entidad. 2. En todo caso, concluirá el período impositivo: a) cuando le entidad se extinga; y b) cuando tenga lugar un cambio de residencia de la entidad residente en territorio español al extranjero. 3. El período impositivo *no excederá de doce meses*". En relación al *Devengo del Impuesto*, señala el art. 25 que el Impuesto se devengará el último día del período impositivo. He de advertir que la Exposición de Motivos de la Ley 43/1995, en el punto III, entre los principales aspectos de la reforma, dispone: "... respecto de las Cooperativas y de las entidades que cumplan los requisitos previstos en la Ley 30/1994, de fundaciones, la ley únicamente prevé el mantenimiento de dichas normas debido, esencialmente, a las especiales características que concurren en las entidades citadas".

La ley canaria, Ley 1/1990, dispone en su art. 17.4 que la contabilidad fundacional se ajustará a la normativa que le sea de aplicación en estos casos respetando en todo caso la legislación fiscal vigente.

La ley vasca, Ley 12/1994, configura en su Exposición de Motivos al Protectorado como un órgano administrativo eminentemente asesor e informador, reconociéndole funciones de supervisión, y derecho a tener conocimiento de... presupuestos, cuentas y memoria, en aras al interés general de la fundación. Adviértase que el órgano de gobierno debe justificar su gestión adecuada a los fines fundacionales, y presentará al Protectorado *dentro del primer semestre del año*, inventario, balance, cuenta de resultados, memoria y liquidación de presupuestos, los documentos relativos a ellos deberán ser depositados en el Registro de fundaciones, a los efectos de publicidad; en relación a la contabilidad, se ajusta a la normativa general y exigencias de la legislación fiscal, *vid.* arts. 24, 26.3, 27.1 y 2.

También, lo mismo que sucede en la Ley 30/1994, se ocupa la legislación vasca de la auditoría de cuentas. *Vid.* art. 28.

Destaco la importancia, en estas cuestiones contables, que la legislación navarra concede al órgano de gobierno, así, en la ley 46.4 de la Compilación Navarra, Ley 1/1973, se establece, entre las *facultades del Patronato*, la de confeccionar los presupuestos y aprobar las cuentas *por sí solo* y con plenitud de efectos. Tratándose de fundaciones constituidas por voluntad del fundador podrá eximir a la fundación de toda intervención administrativa. Sin embargo, a instancia de cualquier persona, el Ministerio Fiscal podrá inspeccionar la gestión e instar y ejercitar las acciones procedentes.

copia de la declaración fiscal correspondiente. El libro de inventarios y balances se abrirá con el inventario valorado de los bienes que constituyen la dotación inicial de la fundación haciéndose constar posteriormente los balances de situación y cierre de cada ejercicio económico (*vid.* art. 26). Se ha hecho referencia al Impuesto de Sociedades, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, que lo regula, contempla como sujetos pasivos a las *personas jurídicas*, excepto a las sociedades civiles, art. 7.1 a). Claro que en su Exposición de Motivos, la Ley prevé el mantenimiento de la Ley 30/1994, de fundaciones, debido, esencialmente, a las especiales características que concurren en las entidades citadas.

En relación a la ley gallega, la Ley 30/1994 resulta más precisa al ocuparse, al lado del inventario y balance, de la *cuenta de resultados*, y no referirse simplemente a la constatación de la situación patrimonial como hace la ley gallega, sino, y además, a la situación económica y financiera; la patrimonial podría no ser suficientemente indicativa del estado económico de la fundación. Dispone el art. 23.1, *ab initio*, que con carácter anual el Patronato de la fundación confeccionará el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, en los que consten de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial de la fundación. En relación al plazo y depósito, se establece en el mismo art. 23.4 que la presentación al Protectorado será dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente..., una vez examinado el documento y comprobada su adecuación a la normativa vigente, procederá a depositarlos en el Registro de fundaciones (56).

(56) En la ley catalana, Ley 1/1982, modificada por la Ley 21/1985, después de señalar, acertadamente, que el ejercicio económico no podrá exceder los doce meses y deberá cerrarse en la fecha que señalen los estatutos o, si no, el 31 de diciembre, se dispone que en la fecha del cierre el Patronato formulará un inventario-balance que refleje con claridad y exactitud la situación patrimonial de la fundación... el documento ha de presentarse al Protectorado dentro de los seis meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio, *vid.* art. 13.1 y 2. *Vid.* Instrucción Catalana, Decreto 160/1982, fundamentalmente, núms. 33 y 35.

En la ley canaria, Ley 1/1990, la fecha de cierre del ejercicio económico no se deja, en primer lugar, a disposición estatutaria como ocurre en las fundaciones catalanas y gallegas. Afirma la ley canaria que con carácter anual, el Patronato de la fundación confeccionará un inventario-balance concluido al 31 de diciembre, en el que conste de modo cierto la situación patrimonial de la fundación en aquella fecha..., el documento se presenta al Protectorado dentro de los seis primeros meses de ejercicio, tal y como se deduce del art. 17.1 y 3.

La ley vasca, Ley 12/1994, dispone en el art. 26.1, *ab initio* —en los términos señalados por la Ley 30/1994—, que el órgano de gobierno deberá elaborar anualmente el inventario, balance y cuenta de resultados, en los que se reflejará la situación patrimonial,

2. Memoria

Una memoria de las actividades realizadas durante el año y de la gestión económica del patrimonio, suficiente para conocer y justificar el cumplimiento de las finalidades de las fundaciones y de los preceptos legales aplicables deberá ser formulada, cada año, por el órgano de gobierno de la fundación. El plazo para la elaboración de este documento y para su presentación al Protectorado será de seis meses, contados desde la fecha de cierre del ejercicio, así se dispone en el art. 21.2, primer párrafo, de la Ley gallega, 11/1991.

El reglamento gallego, Decreto 248/1992, con la misma pretensión de la Instrucción Catalana —que lo realiza por medio de Anexos—, quiere que la memoria sea *suficientemente explícita*, exigiendo que refleje la gestión económica del Patronato; para este efecto expresará las modificaciones habidas en los bienes del inmovilizado, con separación entre los destinados o no con carácter permanente al cumplimiento directo de los fines de la fundación y, respecto de estos últimos, incluyendo la venta de valores en los mercados oficiales, precisando aquellos que han sido objeto de reinversión en otros bienes de la misma naturaleza que los anteriores. Deberán expresarse también los actos de gravamen de bienes, operaciones de crédito concertadas y las actividades económicas directamente desarrolladas por la fundación, así como las autorizaciones solicitadas al Protectorado y las concedidas por éste. Las actividades realizadas durante el año, con sucinta referencia a las condiciones en que se efectuaron. Cambios en los componentes de los órganos de gobierno y dirección de la fundación, así como su suspensión y remoción. Cualquier otra circunstancia relevante relativa al cumplimiento de sus fines (art. 27).

La publicidad que la ley gallega, Ley 7/1983 exige a las fundaciones, sobre sus objetivos y actividades, tendrá reflejo en la memoria

económica y financiera de la fundación. El inventario, balance de situación y cuenta de resultados del ejercicio anterior, cerrados en la fecha que señalen los estatutos o, en su defecto, al 31 de diciembre, art. 27.1 a) (la misma *ratio*, obsérvese, que la normativa fundacional catalana y gallega), si bien, la presentación se hace al Protectorado *dentro del primer semestre del año*, art. 27.1, en tanto que en la Ley 30/1994, en la legislación catalana y en la gallega, será dentro de los seis meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio o, lo que es lo mismo, dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente, tal y como resulta de los arts. 23.4, 13.2 y 21.2, de la Ley 30/1994, de la ley catalana, y de la ley gallega, respectivamente. Eso sí, la publicidad se garantiza con el depósito de los documentos en el Registro de fundaciones, arts. 27.2 y 24.

anual, que deberá consignar la forma en la que se ha dado cumplimiento a la obligación de publicidad (*vid.* art. 18). De hecho, el art. 16.2 y 3 del reglamento gallego, Decreto 248/1992, señala que los datos de la memoria relativos a las actividades prestadas a que se refiere el art. 27.2, que se ha expuesto, del reglamento, serán públicos y cualquier persona puede en todo momento informarse sobre ellos, en la fundación o en el Protectorado. La *Consellería* de la Presidencia y Administración Pública podrá darles publicidad a los datos básicos de tales memorias (denominaciones, fines y patrimonio), así como los de carácter global y estadístico que resulten del Registro de fundaciones de interés gallego.

He de advertir, que la memoria anual ha de servir para informar al Protectorado, requisito *sine qua non*, de la estructura y funcionamiento, con la debida separación, de la realización, en su caso, de actividades económicas que directamente lleven a cabo las fundaciones y que consideren procedentes para el cumplimiento de sus fines, tal y como se deduce de la lectura del art. 21.1 del reglamento gallego, Decreto 248/1992 (57).

(57) La ley catalana, con la modificación efectuada por Ley 21/1985, dispone que en la fecha del cierre del ejercicio económico, el Patronato formulará una memoria de las actividades realizadas durante el año y de la gestión económica del patrimonio, suficiente para conocer y justificar el cumplimiento de los fines fundacionales y de los preceptos legales. Documento que ha de presentarse en el Protectorado dentro de los seis meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio. Recuérdese que el ejercicio económico no podrá exceder los doce meses y deberá cerrarse en la fecha que señalen los estatutos o, en otro caso, el 31 de diciembre, sobre estas cuestiones, *vid.* art. 13.1 y 2. La Instrucción Catalana, Decreto 160/1982, al referirse a la *Unitat de Control* del Protectorado, se estudia la *Memoria anual* de las actividades y de la gestión económica, contemplando separadamente los capítulos de la misma con gran precisión, *vid.* núm. 34 de la citada Instrucción.

La ley canaria, Ley 1/1990, también obliga al órgano de gobierno a que, con carácter anual, elabore una memoria expresiva de las actividades fundacionales y de la gestión económica, así como del exacto grado de cumplimiento de los fines fundacionales y de las prescripciones de la ley canaria. Aclara que la memoria habrá de comprender cualquier cambio de la inversión del patrimonio y de sus órganos de gobierno, dirección y representación. Este documento se presentará al Protectorado dentro de los seis primeros meses del ejercicio, *vid.* art. 17.1 y 3.

En el mismo sentido que la ley canaria se expresa la ley vasca, Ley 12/1994, en los arts. 26.1 y 27.1 b). Requiriendo, además, una *memoria explicativa* del presupuesto, como se verá al estudiarlo en el punto siguiente, art. 26.2; y estableciendo el deber de publicidad, expresamente, debiendo depositarse la memoria en el Registro de fundaciones, *vid.* arts. 27.2 y 24.

3. Presupuestos

Una de las principales razones que han llevado al legislador gallego a modificar la Ley 7/1983, por medio de la Ley 11/1991, ha sido, precisamente, la cuestión presupuestaria, así lo refleja la Exposición de Motivos de la reforma en los siguientes términos: "Los presupuestos en la actualidad se presentan, en algunos casos, cuando ya está muy avanzada su liquidación, en los seis primeros meses del ejercicio económico, a pesar de que los presupuestos, por su carácter de previsión, se deben realizar antes de comenzar el ejercicio económico de que se trate, introduciendo ahora la obligatoriedad de presentarlos ante el Protectorado para su aprobación previa, entendiéndose que si no se presentan en ese plazo quedará prorrogado el presupuesto del año anterior. Se regularán expresamente las causas por las que únicamente dichos presupuestos deben ser rechazados".

El art. 21.2 de la ley establece que la *liquidación del presupuesto de ingresos y gastos* del año anterior será efectuada y presentada al Protectorado en el plazo de seis meses, contados desde la fecha de cierre del ejercicio.

Corroborando el planteamiento de la Exposición de Motivos, dispone la ley que la fundación también deberá formular el presupuesto de ingresos y gastos correspondiente al *ejercicio siguiente*, que se le debe presentar al Protectorado con anterioridad al inicio del ejercicio económico. El Protectorado podrá formularle objeciones al presupuesto en el plazo de un mes. De no presentarse los presupuestos en el plazo señalado anteriormente, se entenderán prorrogados por doceavas partes los del año anterior, sin perjuicio de las acciones legales que le correspondan al Protectorado (*vid.* art. 21.2).

En consonancia, también, con lo señalado por la Exposición de Motivos de la ley gallega, el reglamento, Decreto 248/1992, distingue entre un presupuesto ordinario y extraordinario. En relación al presupuesto ordinario se dispone que antes de iniciar cada ejercicio, el órgano de gobierno de la fundación aprobará y remitirá al Protectorado el presupuesto de ingresos y gastos correspondientes a dicho ejercicio, que no podrá ser presentado con déficit. Cumplido el deber de presentación, la fundación podrá llevar a cabo, bajo su responsabilidad, la ejecución de sus actividades de acuerdo con el presupuesto remitido, pero el Protectorado, en el plazo de un mes contado a partir de su recepción, le hará saber al Patronato las infracciones de los estatutos o de la normativa aplicable. En tal caso, y únicamente respecto a las partidas en que se observase la infracción, quedará

suspendida la ejecución del presupuesto hasta que se resuelva la incidencia. Respecto de las partidas objeto de la incidencia, y mientras esta incidencia no se resuelva, así como cuando no se presenten los presupuestos en el plazo establecido, se entenderán prorrogados por doceavas partes los del ejercicio anterior (*vid.* arts. 28 y 29) (58). La liquidación del presupuesto ordinario debe realizarse con la debida separación, tanto en el origen de los respectivos ingresos, como en el detalle de los diferentes gastos, siguiendo los mismos criterios utilizados en la confección del presupuesto de liquidación de que se trata.

Por lo que respecta a los presupuestos extraordinarios el Patronato de la fundación deberá confeccionar un presupuesto extraordinario cuando se lleven a cabo actuaciones excepcionales, no incluidas en el presupuesto ordinario, que requerirán su aprobación por el Protectorado. Los presupuestos extraordinarios podrán tener una duración distinta del año natural, pero deberán liquidarse, como máximo, en la fecha de cierre del ejercicio económico en curso en el momento de aprobarse, fecha a partir de la cual las actuaciones que motivasen su

(58) En la confección del presupuesto pueden seguirse los mismos criterios del Plan General de Contabilidad u otros generalmente aceptados, siempre que, por lo menos: a) en el capítulo de ingresos se detallen las distintas fuentes de ellos, se incluirán, en su caso, los donativos y subvenciones que se reciban para su aplicación a las actividades de la fundación dentro del ejercicio, así como el resultado de ejercicios anteriores, si el órgano de gobierno hubiese acordado aplicarlos a los fines ordinarios; b) en el capítulo de gastos se separen los de distinta naturaleza, entre ellos los gastos generales, que se detallarán por conceptos. Se entienden por gastos generales los que no puedan ser directamente imputados a una actividad determinada.

Para los efectos de determinar las rentas e ingresos de la fundación a que se refiere el art. 7.5 de la Ley 7/1983, de los ingresos brutos se deducirán los gastos necesarios para la obtención de los mismos, entre ellos los tributos y amortizaciones. Dentro del porcentaje de rentas e ingresos que deben destinarse a la realización de la finalidad fundacional se incluirán los gastos generales que razonablemente exija el desarrollo de tales fines.

Nótese que el art. 7.5 de la ley impone que al ejercicio de la actividad fundacional debe ser destinado cuando menos el 80 por 100 de las rentas que obtenga la fundación y de los otros ingresos que no formen parte de la dotación de la fundación. Téngase en cuenta que el art. 25 de la Ley 30/1994 establece una cuantía diferente para la realización de los fines fundacionales, que es el 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos que, previa reducción de los impuestos, obtenga la fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración, a incrementar la dotación fundacional. Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables a estos efectos. Este art. de la Ley 30/1994 será de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, según la Disposición final primera 5.

confección y quedasen pendientes deberán incluirse en los presupuestos ordinarios de los años sucesivos (59). La liquidación del presupuesto extraordinario se efectuará en los mismos plazos y en forma análoga a la prevista para el presupuesto ordinario.

La Ley 30/1994, también dispone que el órgano de gobierno de la fundación practicará la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior. Documento que se presentará al Protectorado dentro de los seis primeros meses del ejercicio siguiente, tal y como aparece en el art. 23.2 y 4.

Con los mismos propósitos que la ley gallega, después de su reforma, Ley 11/1991, se presenta la Ley 30/1994, que además de todo lo relativo al presupuesto *normal*, dispone que "... el Patronato elaborará y remitirá al Protectorado en los últimos tres meses de cada ejercicio el *presupuesto correspondiente al año siguiente* acompañado de una memoria explicativa", art. 23.5. La ley gallega, si bien resulta más explicativa en esta disposición, sin embargo no concreta, como lo hace esta Ley 30/1994, el plazo del último trimestre para la remisión del presupuesto del año siguiente (60).

(59) Adviértase que la aprobación del Protectorado deberá ser solicitada por el Patronato uniendo los correspondientes estudios técnicos y económicos que le sirvan de base, plazo de duración de las actuaciones previstas y una memoria que explique las vicisitudes de la ejecución y financiamiento de las actividades presupuestadas. La fundación podrá iniciar las actuaciones previstas en el presupuesto extraordinario si el Protectorado no le comunicó ninguna observación en contrario en el plazo de los quince días naturales siguientes al de la presentación de la solicitud.

(60) La legislación catalana establece una unificación de plazos en relación a los presupuestos del ejercicio anterior y del actual, separándose del criterio que adopta la legislación nacional y la gallega, como se ha visto y que considero más recomendable, por su carácter previsor. Dispone el art. 13 de la ley catalana, Ley 1/1982, art. modificado por la Ley 21/1985, en sus núms. 1 y 2, que en la fecha del cierre del ejercicio económico, el Patronato practicará la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del ejercicio anterior y formulará el correspondiente al actual... Documento que ha de presentarse al Protectorado dentro de los seis meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio. En la Instrucción Catalana, Decreto 160/1982, *vid.* arts. 31 y 32.

Las notas contenidas en el Anexo I, relativas a la *sistematización de los presupuestos*, pueden servir de orientaciones, lo que, desde luego, resulta plausible.

Igualmente, *unificadora* de presupuestos del año anterior y del año siguiente, resulta la legislación canaria, Ley 1/1990, art. 17.2 y 3, cuando dispone que el órgano rector de la fundación practicará la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior y formulará el correspondiente al año siguiente. Documento que se presentará al Protectorado dentro de los seis primeros meses del ejercicio.

La legislación vasca sí adopta el mismo *ratio* que se ha visto al tratar de la legislación nacional y gallega, separando, convenientemente, presupuestos *anteriores* y *posteriores*. Así, la ley vasca, Ley 12/1994, al mismo tiempo que establece que el órgano de gobierno presentará al Protectorado dentro del primer semestre del año la liquidación

V. SOBRE LA PARTICIPACION DEL ORGANISMO DE GOBIERNO EN LA MODIFICACION, TRANSFORMACION, EXTINCION Y LIQUIDACION DE LA FUNDACION

La ley gallega, Ley 7/1983 se refiere a la extinción y transformación de una fundación por agregación o fusión de modo escueto, completándose, como veremos, esta regulación en el reglamento.

El art. 24 de la ley dispone que la extinción de una fundación o su transformación por agregación o fusión procederá por las causas previstas en la carta fundacional y en los supuestos establecidos en el art. 39 del Código civil, dándole a los bienes y derechos el destino predeeterminado en dichas disposiciones.

La intervención del Patronato, órgano de gobierno, en estas operaciones se aprecia en el reglamento gallego, Decreto 248/1992.

En relación a la *modificación* de los estatutos de una fundación se requiere la citada intervención del órgano de gobierno con la mayoría siguiente: voto favorable de las dos terceras partes de los asistentes siempre que, además, suponga mayoría absoluta del número de sus miembros, arts. 38.1 c) y 13.3 (61).

En la Ley 30/1994 se observa una constante intervención del órgano de gobierno en la modificación estatutaria, que *puede* acordarla el Patronato siempre que resulte conveniente, en interés de la fundación y no lo haya prohibido el fundador, en cuyo caso requerirá autorización previa del Protectorado. También se establece el *deber* de acordar la modificación por el Patronato cuando las circunstancias que presidieron la modificación de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus estatutos, salvo que para el supuesto de que se trate el fundador haya previsto la extinción de la fundación. Si el Patronato no da cumplimiento a esto, el Protectorado puede acordar de oficio o a instancia de

de presupuestos de gastos e ingresos del año anterior, art. 27.1 c). También dispone: "... Asimismo, las fundaciones deberán confeccionar anualmente un presupuesto de gastos e ingresos, correspondiente al ejercicio siguiente. Dicho presupuesto se presentará al Protectorado en el último trimestre del año de su aprobación, junto con una memoria explicativa", art. 26.2.

(61) Otros requisitos para la modificación, ya con independencia de la intervención del Patronato, son: que no sea contraria a la voluntad del fundador y de los fines fundacionales; la tramitación de un expediente en el que debe constar el motivo de la operación, el contenido de ella y, en su caso, el estudio económico sobre su viabilidad y el programa de adaptación de las instalaciones y la aprobación del Protectorado, que se inscribirá en el Registro, así se deduce del art. 38.1 del reglamento gallego.

quien tenga interés legítimo la modificación que proceda, *vid.* art. 27.1.2.3 (62).

Además, la modificación o nueva redacción de los estatutos *acordada* por el Patronato se *comunicará* al Protectorado; éste sólo podrá oponerse, por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la *notificación* al mismo del correspondiente acuerdo del Patronato. La modificación o nueva redacción habrá de ser formalizada en escritura pública e inscrita en el Registro de fundaciones, art. 27.4, de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, Disposición final primera 5, Ley 30/1994 (63).

Respecto a la *transformación* por agregación de una fundación a otra y por la *fusión* de dos fundaciones, también se requerirá el *acuerdo* del órgano de gobierno con la mayoría y requisitos establecidos, y que he señalado para la modificación. *Acuerdo* del Patronato de cada una de las fundaciones que se vayan a transformar, aunque se podrá tramitar un

(62) Por esta razón debe respetarse lo dispuesto en la legislación fundacional de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial, en este caso, en Galicia, Cataluña, y, en los supuestos que proceda, en el País Vasco. En las demás, también según la misma Disposición final, esta normativa que establece el art.: 27.1.2.3, será de aplicación general, al amparo de lo previsto en el art. 149.1.8.ª de la Constitución.

En la ley catalana, Ley 1/1982 la modificación de los estatutos *será acordada* por el Patronato, el cual en cada caso deberá justificar la necesidad o la conveniencia de ella, teniendo siempre en cuenta la voluntad fundacional expresada o presumible. Se permite que el mismo Protectorado pueda *iniciar* los expedientes correspondientes, *oídos* los patronos de la fundación, art. 14.1 y 2. *Vid.*, la Instrucción Catalana, Decreto 248/1992 en relación a "Las modificaciones estatutarias *al margen* de la adaptación", núm. 62. También, ley canaria, Ley 1/1990, en el art. 19.1 y 2. Ley vasca, Ley 12/1994, que se acerca a la Ley 30/1994.

Interesante puede resultar la confrontación entre los párrafos tercero de los arts. 27 y 31 de la Ley 30/1994 y la ley vasca, respectivamente. Se parte, en ambos, de la base de que el Patronato no acuerde cuando *deba* la modificación de los estatutos, en esos supuesto, la Ley 30/1994, art. 27.3, dispone que el Protectorado *podrá acordar*, de oficio o a instancia de quien tenga interés legítimo, la modificación que proceda, y la ley vasca, Ley 12/1994, art. 31.3, da entrada a la autoridad judicial, permitiendo que el Protectorado *pueda pedir* a la autoridad judicial que *ordene* la realización de la modificación que proceda, sin perjuicio de ejercer la acción de responsabilidad frente a los miembros del órgano de gobierno.

(63) Ley catalana, Ley 1/1982, establece la imposibilidad de ejecutar la modificación por el Patronato, sin la *aprobación* del Protectorado. En la ley canaria, Ley 1/1990, también se *exige* para la modificación, que habrá de ser motivada la *aprobación* del Protectorado, art. 19.3. Se requiere la inscripción de la modificación en el Registro de fundaciones, que sólo podrá denegarse por incumplimiento de requisitos legales, art. 22. Al *deber* de aprobación por el Protectorado de la modificación se refiere la ley vasca, Ley 12/1992, acuerdo de modificación razonado y se dispone la formalización en escritura pública y la inscripción en el Registro de fundaciones, todo ello, tal y como se deduce del art. 31.4 de la ley.

único expediente, en el que se recogerán las circunstancias sobrevenidas en los fines o los medios de todas o de algunas de las fundaciones que se pretendan transformar y la forma de superarlas a través de la transformación. Cuando sea totalmente imposible la actuación de una o más fundaciones conforme a sus previsiones estatutarias, por haber variado las circunstancias que presidieron su constitución, el Protectorado requerirá a sus órganos de gobierno para que, en el plazo que prudencialmente señale, *promuevan* la modificación o transformación oportunas; si este requerimiento no fuese atendido, el Protectorado podrá acordar la modificación, después del dictamen favorable del Consejo de Estado, o solicitar de la autoridad judicial la disolución, extinción o transformación de esas fundaciones, siempre que en este último caso no sea incompatible el objeto de las fundaciones afectadas. Cuando la ejecución de acuerdos de modificación o fusión implique operaciones para cuya realización se supere el ejercicio económico, las memorias anuales recogerán la situación de dichas operaciones al cierre de cada ejercicio, hasta la conclusión de las mismas. *Vid.* art. 38 del reglamento gallego, Decreto 248/1992.

La participación del Patronato está contemplada por la Ley 30/1994 cuando se trata de fusión de una fundación con otra fundación, el art. 28.1 dispone que *puede* el Patronato *proponer* la fusión, siempre que concurren estas circunstancias: que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el fundador, en cuyo caso requerirá la autorización previa del Protectorado, necesitándose además el acuerdo de las fundaciones interesadas, al que podrá oponerse el Protectorado por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas. Norma de aplicación a las fundaciones de competencia estatal, Disposición final primera 5, Ley 30/1994.

La intervención de la autoridad judicial también está prevista en la Ley 30/1994, existiendo una *oposición* de los órganos de gobierno a la fusión. Se permite al Protectorado *solicitar* de la autoridad judicial la fusión de las fundaciones que no puedan cumplir los fines por sí mismas cuando éstos sean análogos y exista *oposición de sus órganos de gobierno* y no lo haya prohibido el fundador, art. 28.2, de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial (64).

(64) Ley catalana, Ley 1/1982, unifica criterios sobre modificación, fusión y agregación a otra fundación. Se establece, así, que el Patronato *acuerde* la fusión o la agregación de una fundación a otra, justificando la necesidad o conveniencia de éstas, teniendo en cuenta la volun-

En lo que concierne a la *extinción*, el reglamento gallego, Decreto 248/1992, hace intervenir al Patronato en esta fase de la fundación, tal y como aparece en el párrafo segundo del art. 39, dejando a salvo los casos en que la fundación se extinga por la expiración del plazo por el que ha sido constituida, en que la extinción se producirá automáticamente y de pleno derecho, en los demás casos —supuestos previstos en los estatutos, carta fundacional, art. art. 39 del Cc, o cuando resulte de la transformación— la extinción de la fundación requerirá *acuerdo de su órgano de gobierno* adoptado con la mayoría indicada en el art. 13.3 (voto favorable de las dos terceras partes de los asistentes siempre que, además, suponga mayoría absoluta de sus miembros) que deberá ser ratificado por el Protectorado. Si el órgano de gobierno no adoptase el acuerdo o éste no fuese ratificado por el Protectorado, para que se produzca la extinción de la fundación será necesaria resolución judicial, que podrá ser instada por el Protectorado, por el *órgano de gobierno de la fundación o por cualquiera de sus miembros*.

He de advertir que con arreglo a la Constitución Española, las fundaciones sólo pueden ser *disueltas o suspendidas* en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada (*vid.* arts. 22.4, 34 y 120.3 CE). Esta idea es la plasmada por la Ley 30/1994, en su art. 30.2 al referirse a las formas de extinción. Norma de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial, Disposición final primera.2.b) (65).

tad fundacional expresa o presumible. Se requiere, en todo caso, aprobación del Protectorado, que puede *iniciar* los expedientes correspondientes, *oídos* los patronos de la fundación.

La Ley 1/1990, de Canarias permite que el gobierno de la fundación *pueda promover* la fusión con otra u otras fundaciones cuando el fin fundacional no pueda ser satisfecho o existan dificultades para su cumplimiento, precisa, el art. 20 que se ocupa de esta cuestión, la necesidad de concurrir, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, entidades fundacionales que cumplan fines análogos. En todo caso, el acuerdo de fusión requiere observancia del objeto y fin fundacionales, que no exista prohibición estatutaria, acuerdo motivado y aprobación del Protectorado, también inscripción en el Registro de fundaciones, *vid.* art. 20.3, 19, núms. 1 y 3 y 22. La *iniciación* del expediente de *agregación* corresponde al Protectorado o a los legítimamente interesados, art. 20.2. En este mismo sentido la ley vasca, Ley 12/1994, cuando se refiere a la *fusión* con otra u otras fundaciones, dispone que el órgano de gobierno podrá *proponer* la fusión con otra u otras fundaciones, siempre que se respete el fin fundacional, que no lo prohíba el fundador, que se apruebe por el Protectorado, sea acuerdo motivado, se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de fundaciones, arts. 32.1 y 3, 31.1. Al igual que he destacado el supuesto contemplado por la Ley 30/1994, art. 28.2, debo hacerlo notar en la ley vasca, art. 32.2, por la repercusión del Patronato en esta cuestión, establece el citado art. que el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial la *fusión* de aquellas fundaciones que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, no puedan cumplir sus fines por sí mismas, cuando éstos sean análogos, *exista oposición de sus órganos de gobierno* y no lo haya prohibido el fundador.

De la *liquidación* se ocupa el reglamento gallego, Decreto 248/1992. Me refiero a esta fase en la vida fundacional por las repercusiones que para el Patronato tiene, pero sólo en la medida en que afecte al órgano de gobierno. La extinción, recuérdese, pondrá fin a las actividades ordinarias de la fundación y determina el comienzo de las operaciones de liquidación. Cesan los miembros del órgano de gobierno de la fundación que no sean liquidadores. Si por inexistencia del Patronato no se pudiese dar cumplimiento a lo previsto en el apartado 3 c) del art. 39 de este reglamento (el expediente que se incoe para la extinción de una fundación comprende necesariamente la *propuesta de designación de liquidadores*, el programa de su actuación y el proyecto de distribución del producto de venta del patrimonio de la fundación, que se hará teniendo en cuenta lo previsto en el art. 39 del Cc), el Protectorado designará de oficio a los liquidadores (66).

Los liquidadores tendrán las responsabilidades de los miembros del órgano de gobierno y dirección de la fundación durante el período de liquidación y darán cuenta al Protectorado de cada una de las operaciones que lleven a cabo, tanto en la realización del activo como en la liquidación del pasivo.

La intervención del Patronato en la liquidación es contemplada con claridad por la Ley 30/1994, que le atribuye al órgano de gobierno la *realización* de la misma, así como un importante cometido en la *decisión* del destino de los bienes. Tal como se deduce del art. 31 de la Ley 30/1994, aplicable a las fundaciones de competencia estatal según la Disposición

(65) En la ley catalana, Ley 1/1982, también se necesita *acuerdo* del Patronato en sede de extinción, aplicándose a la misma el art. 14 que se ha visto al estudiar la modificación y fusión, observándose los mismos requisitos.

La ley canaria, Ley 1/1990, dedica a esta cuestión el art. 21. El Patronato de la fundación *procederá* a su extinción cuando así se prevea en la carta fundacional o en los estatutos. También se permite que el Protectorado, *oído el Patronato o a instancia de éste*, podrá promover el expediente de extinción de la fundación en aplicación de los supuestos del art. 39 del Código civil.

En la ley vasca, Ley 12/1994, art. 34, en el procedimiento de extinción aparece criterio análogo al que se ha visto en la Ley 30/1994, art. 30.2, en relación a la intervención del Patronato. Veamos: necesidad para la extinción de *acuerdo* del órgano de gobierno, cuando así lo prevean los estatutos o la escritura de constitución, o concurran las causas previstas en el art. 39 del Cc o en otras leyes... si no hubiese acuerdo del órgano de gobierno, o éste no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser *instada*, en cada caso, por el Protectorado o por el órgano fundacional.

(66) En reiteradas sentencias, el Tribunal Supremo mantiene el principio de la *identidad de la sociedad en liquidación*: subsiste la personalidad jurídica en cuanto al cumplimiento de las obligaciones pendientes, no cambia su fin social. *Vid.*, por todas, STS de 24 de abril de 1978 (RJA, 1839). *Vid.*, sobre la conservación de la personalidad jurídica en la fase de liquidación: art. 264 TRLSA y art. 109.2 de la LSRL.

final primera 5 de la ley. Según el citado artículo, el órgano de gobierno *realizará* la liquidación bajo el *control* del Protectorado, además, a falta de previsión en la destinación de bienes y derechos resultantes de la liquidación en el negocio fundacional o en el estatuto de la fundación, su destino *podrá ser decidido*, en favor de fundaciones y entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general, por el Patronato cuando tenga reconocida esta facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido (67).

VI. EN TORNO AL PATRONATO DE LA FUNDACION NO INSCRITA. FACULTADES Y RESPONSABILIDADES

He dejado intencionadamente este apartado para su estudio al final del trabajo, por representar un punto separado al tratamiento de cualquier cuestión relativa a las fundaciones propiamente dichas. La denominación *fundación* sólo corresponderá a las entidades inscritas en el Registro de fundaciones. A partir de ese instante —el de la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro—, y no antes, las fundaciones *tendrán personalidad jurídica* (68). El art. 3.1, *ab initio*, de la Ley 30/1994 dispone que “las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de fundaciones...”, norma comprendida entre los arts. que, según la Disposición final primera 1 de la citada ley, constituyen condiciones básicas del derecho de fundación reconocido en el art. 34, en relación con el 53 de la Constitución, y son de directa aplicación en todo el Estado al amparo de lo previsto en el art. 149.1.1.^a de la propia Constitución.

La pregunta que inmediatamente surge de esta reflexión es la de si al Patronato de la fundación no inscrita, sin personalidad jurídica, le

(67) En la ley vasca, Ley 12/1994, art. 35.1 y 2 también se contempla, en parecidos términos de la Ley 30/1994, la intervención del Patronato en la liquidación, permitiendo que sea llevada a cabo por el órgano de gobierno de la fundación bajo el control del Protectorado. Si está autorizado por el fundador o estatutos, decide sobre el destino de los bienes, en este caso, con igual posibilidad que puede hacerlo el fundador o dispongan los estatutos, en la Ley 30/1994 lo hace *en defecto de*, cfr. art. 31.2, Ley 30/1994 y 35, ley vasca.

(68) El carácter constitutivo de la inscripción se reconoce por la legislación fundacional, art. 8 Ley gallega 7/1983; art. 4.3 reglamento gallego, Decreto 248/1992; art. 6.1 ley catalana, Ley 1/1982; art. 4.2 ley canaria, Ley 1/1990; art. 5.2 ley vasca, Ley 12/1994.

La falta de especificación del momento en que la fundación alcanza personalidad jurídica plantearía graves problemas en orden a la regulación de las actividades realizadas por la fundación desde su constitución hasta su reconocimiento. Así, lo ha señalado PIÑAR MAÑAS, José Luis, “Las fundaciones en el marco Constitucional”, en *Hacia una nueva Ley de fundaciones*, Santander, Fundación Marcelino Botín, 1992, p. 71.

está permitida alguna actuación y, como consecuencia, atribuida, en su caso, la responsabilidad correspondiente.

Para cualquier conocedor del Derecho Privado no plantea dudas esta cuestión, el Derecho Mercantil permite sociedades *en formación*, art. 15 TRLSA, Ley 19/1989, de 25 de julio —el art. 11.3 de la LSRL, Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se refiere, también, a la sociedad *en formación* y aplica el art. 15 del TRLSA—; Cooperativas *en constitución*, art. 10, Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas. También en Derecho Civil, Derecho de fundaciones, se admiten fundaciones *en proceso de formación* (69). *De facto*, el Tribunal Supremo ha utilizado el término de *fundación futura*, *fundación pendiente de regulación*, y persona jurídica *en fase de constitución*, siendo tolerante ante este tipo de situaciones (*vid.* SSTS: 26 de marzo de 1968 —RJA, 1931—, 6 de febrero de 1969 —RJA, 648—, 28 de noviembre de 1986 —RJA, 6622—) (70).

(69) La doctrina tradicional alemana, sostiene que antes de la inscripción, la *VorG* (*Vorgeschellschaft* o abreviadamente *VorG*) sólo podía actuar en la medida en que fuese necesario para concluir la fundación o cuando estuviese expresamente previsto en los estatutos sociales, se limitaba así el poder de representación de los administradores durante el proceso de fundación. Hoy la doctrina y jurisprudencia alemanas admiten la “plena capacidad” de la *VorG*, como sujeto de tráfico jurídico. *Vid.*, sobre esta cuestión, ALONSO UREBA, Alberto, “La sociedad en formación”, en *Derecho de Sociedades Anónimas I. La fundación*. Estudios coordinados por el mismo autor, Madrid, Civitas, 1991, pp. 552 y 553.

He de advertir del confusionismo terminológico que existe en esta materia, GALGANO —que intenta dar una visión unitaria de figuras como: fundaciones fiduciarias, fundaciones no reconocidas y *Comitato*— comenta la utilización indistinta de la capacidad que pueden asumir las fundaciones no reconocidas y la que se les atribuye a las que están en vías de reconocimiento. *Vid.* GALGANO, Francesco, “Sull’ammissibilità d’una Fondazione non riconosciuta”, *Rivista di Diritto Civile*, II, pp. 172-189.

En el mismo Derecho Civil, se admiten situaciones paralelas a la estudiada, piénsese en las donaciones a favor del concebido y no nacido, art. 627 del Cc, o en la *hereditas iacens*, *vid.* art. 1934 Cc, arts. 8 y 10 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre.

En la Compilación Navarra, Ley 1/1973, es el fundador el que, según la ley 44 “... expresa su voluntad de conferir personalidad jurídica a la fundación...”. Pero téngase presente la necesidad de inscripción, como requisito *ad solemnitatem*, exigida por el art. 3 de la Ley 30/1994, de aplicación general tal como establece la Disposición final primera 1. En todo caso, en Navarra, ley 49 de la Compilación se admiten *Sociedades y agrupaciones sin personalidad*, que pueden, sin embargo, actuar como sujetos de derecho por mediación de quienes ostenten una representación expresa o tácitamente conferida, si bien de las obligaciones contraídas por dichos sujetos colectivos responderán, sí solidariamente todos los miembros, pero no subsidiariamente.

(70) *Vid.* sobre esta cuestión, STS de 7 de abril de 1920 (*Jurisprudencia Civil*, núm. 5). De los considerandos, no muy claros de esta bien orientada sentencia, si se atiende a su espíritu más que a su letra, se observa que se considera plenamente eficaz el fin y propósito de la testadora “... de dar a sus bienes un destino definitivo agradable a Dios y útil al prójimo”, con lo que al fallecer la testadora hay un ente “... sin que todavía se

La legislación fundacional no ha permanecido al margen de estas cuestiones, y ya que de las fundaciones Gallegas me ocupo preferentemente en este trabajo acudo a su art. 9, Ley 7/1983, que señala: "El órgano de gobierno de una fundación no inscrita puede, dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir derechos y contraer obligaciones que se consideren inaplazables en nombre o interés de aquélla, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la fundación cuando se produzca la inscripción. En caso contrario, el patrimonio fundacional responderá de las obligaciones contraídas y, en su defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que hayan contratado".

En términos similares se manifiesta la Ley 30/1994, en su art. 11, de aplicación supletoria en las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial —Disposición final primera 2 b)—, que con el enunciado *fundaciones en proceso de formación* dispone que "otorgada la escritura fundacional y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de fundaciones, el órgano de gobierno de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos". La ley gallega se refiere a la fase anterior a la *inscripción*, en la Ley 30/1994, en principio utiliza el término *obtener personalidad jurídica*, pero, más tarde, señala que *la falta de inscripción...*, luego, la inscripción y el alcance de personalidad jurídica son inseparables; la responsabilidad subsidiaria, respecto a la fundación, y solidaria se hace recaer, en "las personas que hayan contratado", en la Ley 30/1994, en los "patronos", término, este, quizás más limitado.

He de destacar que la Ley 30/1994 concede al Protectorado la función de asesorar a las fundaciones ya inscritas y a las que se encuentren en *período de constitución* sobre aquellos asuntos que afecten a su régimen jurídico y económico, así como sobre las cuestiones que se

encuentre completamente organizado". La STS de 9 de febrero de 1948 (RJA, 275) corrobora la de 1920.

(71) En los términos expresados por la ley gallega, se manifiesta la ley catalana, Ley 1/1982, en su art. 7.2. En la ley canaria, Ley 1/1990, se sigue el mismo *ratio*, art. 16.2, si bien la responsabilidad subsidiaria y solidaria recae en las personas que hayan actuado *en nombre de la fundación*. Nótese, además, que la legislación canaria permite *asignaciones patrimoniales a fines de interés público*, sin que por ello sea requisito *sine qua*

refieran a las actividades desarrolladas por aquéllas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario [vid. art. 32.2 a)]. Por una parte, se da categoría fundacional a este tipo de fundación, en *período de constitución*, por otra el art. contribuye a hacer efectivo el mandato constitucional recogido en el art. 9.2 de la Constitución que atribuye a los poderes públicos la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los grupos sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud; en este supuesto que se estudia, los poderes públicos están encarnados por el Protectorado, que deberá posibilitar estas fundaciones en formación (71).

non la inscripción, a ellas se refiere el art. 26, concluyendo el art. 27 que: "1. La inscripción de los supuestos contemplados en el art. anterior no será preceptiva, pero constituirá requisito indispensable para la aplicación de los beneficios y privilegios del art. 18 (privilegios procesales y beneficios fiscales). 2. Una vez efectuada la inscripción en el Registro, la intervención del Protectorado y, en cualquier caso, la actividad tutelar se verificará en los términos establecidos en esta ley, al objeto de velar por el exacto cumplimiento de las finalidades de interés público afectadas". Además la Disposición adicional cuarta considera "fundaciones de hecho de carácter temporal" a las suscripciones y cuestaciones públicas, festivas benéficas o iniciativas análogas destinadas a arbitrar fondos para cualquier finalidad lícita de trascendencia pública.

Con el epígrafe *Facultades provisionales*, la ley vasca, Ley 12/1994, se refiere, en su art. 8, al supuesto de una fundación *en fase de inscripción*, concretando que "... una vez otorgada la escritura fundacional, sus órganos de gobierno podrán, tras aceptar sus cargos... y dentro de sus facultades, otorgar actos, adquirir bienes o derechos y contraer obligaciones que se consideren inaplazables en nombre e interés de aquélla, los cuales se entenderán asumidos automáticamente por la fundación cuando se produzca la inscripción en el Registro. En caso de no inscripción, el patrimonio fundacional responderá de las obligaciones contraídas, y, en su defecto, la responsabilidad recaerá solidariamente sobre las personas que compongan dichos órganos de gobierno y no se hayan opuesto a la asunción de las mismas". Obsérvese la particularidad de salvar de responsabilidad a los que se opongan a la asunción de las obligaciones contraídas por la fundación en fase de inscripción. He de advertir que el Protectorado asesorará a estas fundaciones *en período de constitución* sobre el régimen jurídico general y el fiscal aplicable a las fundaciones, art. 36.2 a) de la ley vasca. El art. 32.1 a) de la Ley 30/1994, recoge este criterio. El CP —Ley Orgánica 10/1995— al referirse a los delitos societarios —arts. 290-297— responsabiliza a los administradores de hecho o de derecho de sociedades constituidas o *en formación*. Nótese que que a los efectos de estos delitos se entienden por sociedades, también, las fundaciones —art. 297 CP—.

COMENTARIOS Y NOTAS

