

GRANDES LÍNEAS DEL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE
FUNDACIONES: AVANCES Y ASPECTOS CONTROVERTIDOS

GENERAL TERMS OF THE NEW DRAFT ACT OF FOUNDATIONS:
ADVANCES AND CONTROVERSIAL ISSUES

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 647-662.

Fecha entrega: 18/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

FRANCESC CHOLVI ROIG
Abogado
Adjunto Primero a la Secretaría General del IDIBE
f.cholvi@hotmail.com

RESUMEN: El pasado 29 de agosto, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia, aprobó el Anteproyecto de Ley de Fundaciones que vendrá llamado a sustituir el vigente régimen de Fundaciones, regulado en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre. Ya desde su anuncio, la reforma se anticipaba escasamente aceptada por la opinión pública, especialmente por las Fundaciones –a través de la Asociación Española de Fundaciones– y los Protectorados, que entienden acertadas algunas de sus medidas, en orden a la actualización de las Fundaciones, pero rechazan las principales modificaciones estructurales que pretende instrumentar el Gobierno a través de este Anteproyecto. En este análisis, se pretende ofrecer una visión práctica de cuáles han sido las modificaciones fundamentales y las novedades que introduce el Anteproyecto de Ley de Fundaciones en comparación con la Ley del 2002, así como una breve valoración sobre la conveniencia o inconveniencia jurídica de su implementación.

PALABRAS CLAVE: anteproyecto, fundaciones, reforma, modernización de fundaciones, buen gobierno, registro de fundaciones, protectorado.

ABSTRACT: Last 29th August, the Council of Ministers, at the proposal of the Minister of Justice, approved the Draft Act of Foundations that will replace the current system of Foundations, regulated by the Act 50/2002 of 26th December. Since its announcement, the reform was poorly accepted by Spanish Association of Foundations and Protectorates. For them, the Draft Act approves some successful measures in order to update the Foundations, but the major structural changes are unacceptable.

KEY WORDS: draft, foundations, reform, modernization of foundations, code of good governance, foundations registry, protectorate.

1. Con el propósito de evaluar las principales líneas trazadas por el Ejecutivo en el nuevo Anteproyecto de Ley de Fundaciones (en adelante “ALF”), he estimado conveniente enunciar diferentes bloques por razón de la materia tratada, a saber:

2. Sobre la simplificación, actualización y modificación de procedimientos y conceptos básicos en materia fundacional.

Dentro del concepto de Fundación, el art. 2.3 ALF señala la obligación de que éstas cuenten con los medios personales y materiales suficientes y con una organización adecuada para asumir factiblemente el cumplimiento de los fines fundacionales.

Adicionalmente, el art. 3.1 ALF elimina la enumeración ejemplificativa que hace la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante la “LF”), de los fines de interés general. La Exposición de Motivos del ALF aclara que dado que no es posible llegar a efectuar una enumeración exhaustiva de los mismos, resulta preferible no aventurarse a designar cuáles podrían quedar dentro de tal concepto. Como contrapartida, señala la Exposición, “se amplía la lista de actividades que en ningún caso pueden constituir una actuación principal de la Fundación”.

Así, el art. 3.3 ALF prohíbe la constitución de Fundaciones cuya actuación principal se centre en la formalización de negocios jurídicos onerosos con los sujetos enunciados en las letras a) y b) del mismo precepto.

Es evidente que el añadido que efectúa el ALF dista de poder ser considerado una modificación de relevancia que soslaye la eliminación de la lista de fines de interés general (art. 3.1 ALF) que tradicionalmente se había mantenido en la regulación de Fundaciones –la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, en su art. 2.1, rezaba del siguiente tenor: “Las Fundaciones deberán perseguir fines de interés general: de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado, o cualesquiera otros de naturaleza análogo”. La LF, en su art. 2.1, amplía esta enumeración al disponer que: “Las Fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la

tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico”–.

Para las Fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la restauración y/o conservación del Patrimonio Histórico Español, además de cumplir con las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de julio, del Patrimonio Histórico Español, el art. 3.4 ALF exige que los bienes que originan tal actuación principal –esto es, aquellos que han de ser restaurados y/o conservados– se hallen inscritos en el Registro de Bienes de interés cultural o en el Inventario General de Bienes Muebles contemplado en dicha Ley.

Una de las grandes inquietudes del texto es que las Fundaciones queden debidamente constituidas para el cumplimiento de fines de interés general perfectamente delimitados y con el sustento de un patrimonio que resulte “adecuado y suficiente” para su cumplimiento.

En ese afán, el art. 10 ALF añade como requisito de la escritura de constitución –creando una letra f) en este precepto– que se acompañe “la resolución del Protectorado sobre la idoneidad de los fines y actividades, así como de la suficiencia y adecuación de la Dotación de la Fundación en proceso de constitución”, y el art. 11.1, letra b), ALF señala que los fines fundacionales que han de constar en los Estatutos han de hacerlo de manera concreta y determinada.

Además, a través de su art. 13, el ALF configura de forma más ordenada el procedimiento de constitución de la Fundación. A grandes rasgos, sus principales fases se resumen en las siguientes:

- a) Solicitud al Protectorado de la expedición de una resolución relativa a la idoneidad de los fines y actividades y de la suficiencia y adecuación de los medios económicos de la Fundación para la satisfacción de aquellos.
- b) El Protectorado, en un plazo máximo de tres meses, dicta y notifica la resolución, que será desfavorable sí, transcurrido dicho plazo, no se ha pronunciado al respecto.
- c) Otorgamiento de escritura fundacional, que el Notario remitirá por vía electrónica, en el mes siguiente a su otorgamiento, al Protectorado, e instará su inscripción ante el Registro de Fundaciones.
- d) El Registrador, en el plazo de quince días desde la recepción de la documentación necesaria, practicará, en su caso, la inscripción.

Otros conceptos de relevancia son alterados por el ALF. Así, con el fin de perfilar la definición del Patronato, el art. 14.1 ALF señala que éste se trata de un órgano de “naturaleza colegiada”, lo que implica que es un órgano formado por varias personas físicas, en su propio nombre y representación o en el de otras personas

físicas o jurídicas, del que emana una manifestación de voluntad expresada por todas esas personas, que es considerada la manifestación propia del órgano.

Sobre las eventuales modificaciones estatutarias, a la clásica exigencia de la LF de hacerlas constar en documento público, el art. 27.4 ALF añade la exigencia de que tales modificaciones hayan sido previamente autorizadas por el Protectorado cuando afecten a los “fines fundacionales o a la voluntad del o de los fundadores”. Del mismo modo, cuando tales extremos se vean afectados por el proceso de fusión de la Fundación, el ALF también establece la necesidad de contar con la previa autorización del Protectorado.

En cuanto a las causas de extinción de la Fundación, el art. 29 ALF mantiene la enumeración formulada por el art. 31 LF, si bien crea una letra f) conforme a la cual la Fundación quedará extinguida cuando no haya dado cumplimiento a sus obligaciones de presentación de Cuentas Anuales o de planes de actuación durante, al menos, tres ejercicios continuados. Con ello se pretende garantizar el cumplimiento de las obligaciones contables y ejercitar un mayor control sobre las Fundaciones tendente a identificar y erradicar cualquier indicio de fraude.

3. Sobre la modificación del régimen patrimonial –especialmente, en lo relativo a la Dotación Fundacional– y de actividad de la Fundación, pueden distinguirse diferentes campos en los que acontecen novedades legislativas:

3.1. Sobre la Dotación Fundacional.

En relación a la capacidad de las personas físicas para disponer gratuitamente de la Dotación, el art. 8.2 ALF añade la partícula “inicial” a la dicción de la LF. Ello suscita la siguiente crítica: si la prohibición de disposición se resuelve como propia únicamente de la Dotación inicial, podría pensarse que no es exigible la capacidad aludida en el precepto para disponer gratuitamente de la Dotación una vez constituida la Fundación o de aquella parte de la Dotación que fuere eventualmente aportada tras la constitución. Lógicamente, ello se opone al principio civil de indisponibilidad de los bienes y derechos por quien carece de capacidad, pero es igualmente evidente que la modificación introducida por el ALF infunde una crítica que la LF resuelve aludiendo a la imposibilidad de disponer de la totalidad de la Dotación y a lo largo de toda la vida de la Fundación.

En su art. 12.1, párrafo primero, como en el art. 8.2, el ALF recuerda que nos encontramos ante la Dotación “inicial”. En esta ocasión, al añadir la partícula “inicial”, el ALF clarifica el tenor del precepto, ya que, evidentemente, se alude a la Dotación aportada en el momento constitutivo. La LF señala en este mismo precepto que la Dotación debe ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, si bien el ALF matiza que la Dotación –inicial– deberá ser

suficiente y adecuada “para generar los recursos que garanticen” el cumplimiento de los fines fundacionales. Con ello, el ALF habilita de forma más clara que la LF la posibilidad de que las Fundaciones puedan desempeñar actividades económicas y mercantiles –dentro de unos límites– a través de las que poder financiar el desempeño de sus fines fundacionales.

En caso de que se trate de aportación no dineraria, el art. 12.1, párrafo segundo, ALF mantiene la exigencia de que se incorpore a la escritura de constitución una tasación realizada por un experto independiente, si bien queda reubicada en el párrafo primer, junto a la Dotación inicial. Parece evidente que, si el precepto enuncia que la Dotación inicial podrá consistir en bienes o derechos, y a renglón seguido marca el régimen de las aportaciones dinerarias, debe tener cabida en el mismo precepto la otra posibilidad dotacional, esto es, la constituida en especie. Desde mi punto de vista, hubiere resultado mucho más acertado, en orden a clarificar la naturaleza de la misma, regular en preceptos diferentes las reglas relativas a la Dotación dineraria y a la Dotación “in natura”.

Cuando la Dotación –sea dineraria o en especie– no alcance el mínimo aludido en el párrafo primero del art. 12, el párrafo tercero de este mismo precepto exige, como ya hace la LF, que el fundador justifique debidamente la adecuación y suficiencia de esa aportación inferior para el cumplimiento de los fines fundacionales a través del primer plan de actuación –la LF habla de “programa” de actuación–, si bien añade la obligación de aportar a aquél un estudio económico que acredite fehacientemente dichos extremos.

Entiendo que, pese a que el precepto nace con la vocación de garantizar una máxima de prudencia en la constitución de la Fundación, recaba una redacción deficiente, pues no aclara cuál debe ser el origen de dicho estudio –previsiblemente, un perito experto–, ni el contenido mínimo esencial del mismo ni tampoco las reglas interpretativas que permitirán determinar si aquella aportación menor a la legalmente cifrada podrá resultar adecuada para el cumplimiento de los fines que instrumentaron la creación de la Fundación. A la postre, ello deja al arbitrio del Protectorado –único– unas facultades que pueden abstraerse de criterios objetivos de calificación.

Cabe destacar, en relación a lo dicho sobre el tenor del art. 12.1, párrafo segundo, ALF que según el art. 12.4 del mismo texto, el Notario autorizante debe constatar la realidad de las aportaciones mediante los parámetros fijados reglamentariamente – art. 5 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal, aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre–. Este precepto refiere dicha obligación no sólo respecto de las aportaciones no dinerarias –como parece desprenderse de la redacción del art. 12.2 LF– sino también respecto de las aportaciones dinerarias, ya que ambos tipos de aportación se regulan en el precepto inmediatamente anterior.

En la línea de exigencia de que los bienes y derechos aportados en concepto de Dotación inicial sean adecuados para el cumplimiento de los fines fundacionales, el art. 12.2 ALF formula esta misma prescripción para los bienes y derechos que sean aportados tras la constitución en concepto de Dotación, estableciendo un cerco –en connivencia con el art. 12.2 ALF– sobre la idoneidad de las aportaciones dotacionales –sean iniciales o posteriores– para el cumplimiento de los fines de la Fundación.

Pero, sin duda, uno de los aspectos controvertidos, sobre los que ya he tenido ocasión de pronunciarme [“Derecho de Fundaciones: algunas reflexiones sobre la Dotación Fundacional”, con MESTRE GINER, B.: *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana* (2014), núm. 1, pp. 217-226], es la posibilidad de disponer de los fondos dotacionales en determinadas circunstancias (art. 12.6 ALF); especialmente, para el sustento de gastos prioritarios de la Fundación. El ALF prohíbe que los bienes integrantes de la Dotación puedan abandonar el Patrimonio de la Fundación y ser destinados a cubrir los gastos de la misma.

3.2. Sobre la constitución “mortis causa”, las herencias y las donaciones de la Fundación, algunas novedades introducidas por el ALF son las siguientes:

El ALF habilita al albacea testamentario, en el marco de la constitución fundacional “mortis causa”, para la interpretación de la voluntad del testador (art. 9.4, párrafo primero, ALF). Esta facultad parece evidente a tenor de lo dicho por PINTO RUIZ, J. J. [“La figura del albacea”, *Noticias Jurídicas* (2005), diciembre]: “Cuando se dispone por el testador un albaceazgo, claramente se observa que es voluntad del testador que la herencia se realice, liquide y reparta; pero las precisiones del testador acerca del cómo, cuándo, de qué manera y contratando con quién se van a hacer las operaciones de enajenación, son escasísimas. Y es claro que dado que el testador quiere que los bienes se realicen, evidentemente quiere también que el albacea, llamado a hacerlo, puede interpretar, y hasta integrar, las cláusulas del testamento, en tanto que va a realizar cumpliendo y en acatamiento a la voluntad finalista del testador, que –repito– evidentemente quiso que el albacea, rellenara discrecionalmente lo preciso para conseguir la concreción y realidad material y efectiva de las diversas realizaciones. El testador, en fin, desconoce al testar aquellas circunstancias que tras su muerte harán más oportuna una enajenación u otra, un negocio jurídico dispositivo u otro, y espera que, atendida su finalidad, el albacea haga lo mejor según su criterio, interpretando la voluntad testamentaria. Es decir, el testador quiere que, si es menester, el albacea integre la voluntad de aquél”. Así pues, el ALF no hace más que aclarar una circunstancia que en la praxis puede resultar litigiosa, pero que, a tenor de lo dispuesto en el Derecho sucesorio, resulta de aplicación a los supuestos de constitución mediante albaceazgo.

En línea a lo anterior, cuando no hubiere sido designado albacea testamentario, el ALF exige en su art. 9.4, párrafo segundo, que el incumplimiento de la obligación de

otorgar escritura de constitución de la Fundación por los herederos se prorrogue durante, al menos, un año, a contar desde la fecha de fallecimiento del testador, para que sea el Protectorado quien quede facultado para su otorgamiento.

En cuanto a las herencias y donaciones, la LF establece en su art. 22.2 la exigencia de efectuar comunicación al Protectorado de la aceptación de legados con cargas, de donaciones onerosas o remuneratorias y de la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas, en el plazo de diez días hábiles siguientes al mismo acto de aceptación.

El ALF dispone que, además de aquellas, también la aceptación de donaciones modales ha de ser objeto de comunicación, en los términos descritos, cuando el modo “no sea el propio de las finalidades de la Fundación”, y modifica el plazo hábil para efectuar la comunicación de esta circunstancia al Protectorado, pasando de diez a treinta días.

3.3. Sobre los actos de disposición del patrimonio de la Fundación, cabe advertir las siguientes novedades:

En relación a la disposición de los bienes y derechos integrantes del patrimonio de la Fundación, el art. 20 ALF elimina la tradicional denominación de “enajenación y gravamen –de los bienes y derechos fundacionales– “. De este modo, simplifica la clásica discusión sobre qué actos pueden ser clasificados como enajenación o gravamen, si bien ello podría generar una limitación excesiva de los negocios suscritos sobre el patrimonio fundacional.

Cualquier acto jurídico concebido sobre bienes o derechos integrantes de la Dotación Fundacional, sea cual sea su origen y su causa, se encuentra sometido a previa autorización del Protectorado –como ya prevé la LF en su art. 21.1–, que deberá ser concedida o denegada por éste en el plazo de treinta días a contar desde la presentación de la solicitud.

No obstante, el ALF advierte, en términos similares a la LF, que aquellos bienes integrantes del patrimonio de la Fundación que no formen parte de la Dotación Fundacional, tampoco podrán ser libremente disponibles por el Patronato cuando excedan del 25 por 100 del activo de la Fundación que resulte del “balance del último ejercicio”, frente al 20 por 100 del activo de la Fundación que resulte del “último balance aprobado” que exigía la LF. En caso de que los actos de disposición sobre tales bienes superen este porcentaje, será necesario efectuar una comunicación al Protectorado en el plazo de treinta días –presumiblemente hábiles, pese al silencio del ALF– desde su “formalización” –la LF exige que el cómputo de treinta días de comienzo a partir de la “realización” de los actos de disposición–.

Además de incrementar el porcentaje del activo de la Fundación significativo a efectos de la obligación de formular comunicación ante el Protectorado –pasa de un 20% a un 25%–, el ALF exige que dicho porcentaje sea expresado en los términos del balance del “último ejercicio”, esto es, del ejercicio inmediatamente anterior, y no del “último balance aprobado”, lo que implicaría la posibilidad de que la Fundación no hubiera presentado sus Cuentas Anuales de ejercicios anteriores, pudiendo comprometer un patrimonio del que daba cuenta en ejercicios contables pasados, pero no en el ejercicio inmediatamente anterior.

En relación a las actividades que la Fundación está habilitada para desarrollar, frente a la confusa redacción empleada por la LF –que habla de actividades económicas “cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias a las mismas”–, el art. 23.1 ALF afirma con claridad que las Fundaciones pueden desarrollar actividades propias, en cumplimiento de sus fines fundacionales, así como actividades mercantiles, como fuentes de financiación a través de las que llevar a cabo las primeras.

Es posible, de este modo, entender mejor la expresión utilizada por el art. 12.1 ALF cuando, en referencia a la Dotación inicial, afirma que esta ha de ser adecuada y suficiente “para generar los recursos que garanticen” el cumplimiento de los fines fundacionales.

Sobre lo que ha de entenderse por actividad propia, el art. 23.2 ALF aporta un concepto de ésta. El ALF entiende por actividad propia de la Fundación aquella orientada al cumplimiento de sus fines y no a la obtención de beneficios, con independencia de que se realice de forma gratuita u onerosa –para compensar gastos–. A renglón seguido, el párrafo tercero del mismo art. identifica la actividad mercantil como la realizada por la Fundación para la obtención de beneficios y sometida a las normas de Defensa de la Competencia, cuya actuación esté relacionada con los fines fundacionales, o sea complementaria o accesorias a éstos.

No obstante, el ALF establece algunas restricciones al ejercicio de la actividad mercantil por las Fundaciones. Así, el art. 23.6 ALF dispone que no podrá entenderse que las actividades de la Fundación se realizan en cumplimiento de los fines fundacionales cuando sean desempeñadas por sociedades mercantiles o consistan en la adquisición de participaciones de capital u otras operaciones realizadas en el mercado financiero.

Finalmente, y a tenor del párrafo séptimo del art. 23 ALF, se exceptúa a las Fundaciones Bancarias del cumplimiento de los párrafos precedentes en relación al régimen de actividades de las Fundaciones, pues éstas deberán someterse a lo dispuesto en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de Cajas de Ahorros y Fundaciones Bancarias.

En materia de auditoría resulta importante destacar, pese a que la Exposición de Motivos no se pronuncia al respecto, la supresión que efectúa el ALF de la posibilidad que concede el art. 25.3 LF a las Fundaciones de formular Cuentas Anuales abreviadas “cuando cumplan los requisitos establecidos al respecto para las sociedades mercantiles”.

Esta es una modificación que, a mi juicio, no merece de una exhaustiva justificación en la medida en que se ha podido observar que el Legislador ha querido diferenciar claramente en que supuestos y bajo que condicionantes una Fundación puede desempeñar una actividad mercantil. En este sentido, el ALF inspira una clara separación entre el régimen jurídico de las sociedades de capital y el régimen propio de las Fundaciones, ya que en la práctica es habitual asimilar erróneamente las Fundaciones a las sociedades, y suplir las lagunas normativas de las primeras con la exhaustiva regulación de las segundas.

En contraposición, en su art. 24.6, el ALF establece la posibilidad de que las Fundaciones formen Cuentas Anuales consolidadas cuando se encuentren en los supuestos previstos para la sociedad dominante en los arts. 42 y 43 del Código de Comercio.

Otra de las medidas, en materia de auditoría, es el establecimiento de la obligación de someter a auditoría externa las cuentas de todas las Fundaciones que reciban ayudas o subvenciones, según los parámetros fijados en la Ley de Auditoría y su normativa de desarrollo (art. 24.4 ALF).

Para acabar con este bloque, cabe destacar, en el marco del procedimiento de liquidación de la Fundación –entre otras medidas de carácter procedimental–, la habilitación establecida en el art. 31.1 ALF a la autoridad judicial competente para ejercer un control de dicho procedimiento, cuya competencia corresponde al Patronato bajo la supervisión del Protectorado. Parece lógica la justificación de este control adicional, ya que se pretende que los acreedores fundacionales no se vean perjudicados en sus derechos de cobro una vez extinguida la Fundación.

Tal es esta preocupación que el art. 17.4 ALF reconoce por vez primera legitimación activa a los acreedores de la Fundación para el ejercicio de la acción de responsabilidad cuando el patrimonio fundacional resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

4. Sobre la adaptación de la Fundación –y los procedimientos que engloba– a las nuevas tecnologías y el empleo de medios electrónicos, cabe destacar lo siguiente:

Una de las principales medidas es la establecida en el art. 15.1 ALF, que prevé la posibilidad de que la aceptación del cargo de patrono, que tradicionalmente podía ser aceptado mediante documento público, documento privado con firma legitimada

por Notario o mediante comparecencia ante el Registro de Fundaciones, pueda llevarse a cabo mediante la utilización de medios electrónicos.

Este mismo precepto, retomando la posibilidad ya contemplada en la LF de aceptar el cargo de patrono ante el Patronato, acreditando tal aceptación el Secretario mediante certificación con firma legitimada notarialmente, añade a esta última vía la alternativa de que la certificación del Secretario sea efectuada por medios electrónicos.

En materia de auditoría, el art. 24.9 ALF contempla la posibilidad de elaborar las Cuentas Anuales y los planes de actuación mediante un procedimiento electrónico para su posterior presentación en el Registro (como, de facto, se viene realizando en las sociedades obligadas a formular cuentas ante los Registros Mercantiles).

5. Sobre la unificación de los Registros de Fundaciones a través de un Registro único de Fundaciones, cabe apuntar lo siguiente:

El art. 36.1 ALF modifica la naturaleza jurídica del Registro de Fundaciones, que pasará a depender de la Dirección de los Registros y del Notariado –por tanto, es un registro de naturaleza mercantil, como se desprende del tenor del art. 36.2, que establece que, en todo lo no regulado, dicho Registro se regirá por el “Código de Comercio y el Reglamento del Registro Mercantil”–, dónde se inscribirán todos los actos relativos a Fundaciones que desarrollen su actividad en territorio español –se suprime, de este modo, la expresión “o principalmente en el territorio de una Comunidad Autónoma”, contenida en la LF–.

Así, a lo largo del texto, puede observarse el esfuerzo del Legislador por introducir la mención de “Registro –único–”, frente a las múltiples referencias a los distintos Registros de Fundaciones existentes en la actualidad. Sirva de ejemplo el art. 7.1 ALF, que elimina de su tenor la referencia al Registro de Fundaciones “competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades”.

Además, se añade la exigencia de que el representante de la delegación de una Fundación constituida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, deba tener residencia en España. Esta aseveración ha de merecer cierta crítica por no dejar claro cuál es el objetivo fundamental del precepto. Si lo que se quiso fue exigir la residencia en España del representante de una Fundación constituida en un Estado no perteneciente al Espacio Económico Europeo, entonces la referencia a la Unión Europea parece baladí, ya que no es posible hallarse dentro de aquél sin ser país comunitario.

En relación a la indisponibilidad de la Dotación Fundacional, el art. 19.2, párrafo segundo, ALF crea un mandato a los Registros de Fundaciones, conforme al cual sobre aquellos bienes que sean dotacionales se practicará una anotación registral

preventiva de la prohibición de disponer de los mismos sin previa autorización del Protectorado.

Como parece producirse a lo largo de todo el texto, el ALF incurre en el error de instaurar con carácter general un único Registro de Fundaciones y generar en su tenor nuevas obligaciones referidas a los “registros públicos correspondientes”, entre los que inevitablemente se encuentran los Registros de Fundaciones autonómicos, cuya existencia pretende ser erradicada, según reza, entre otros, la Exposición de Motivos del ALF.

6. Sobre la unificación de los Protectorados, a través del establecimiento de un único Protectorado en el ámbito de la Administración General del Estado, pueden ser destacados los siguientes aspectos:

El ALF, a través de su art. 32.1 establece una definición más completa del Protectorado que la aportada por el art. 34 LF, distinguiéndolo como el órgano de la Administración que vela por el cumplimiento de los fines fundacionales, instrumentados por la voluntad del fundador.

En su art. 32.2, el ALF habla de un único Protectorado como órgano de la Administración General del Estado, que será desarrollado reglamentariamente. Al mismo le otorga, además de las funciones ya previstas en el art. 35 LF, el ejercicio de la potestad sancionadora en los términos establecidos en el mismo texto.

En cuanto a los actos que se han de suscitar ante el Protectorado, ha de destacarse que el art. 24.5 ALF elimina la obligación de presentar las Cuentas Anuales, una vez aprobadas por el Patronato, ante el Protectorado, estableciendo la obligación de presentarlas ante el Registro de Fundaciones dentro de los quince días hábiles –y no diez días hábiles, como prevé el art. 25.7 LF– siguientes a su aprobación.

Del mismo modo que en el párrafo anterior, el art. 24.7 ALF prevé que el Patronato presente su plan de actuación en los últimos tres meses de cada ejercicio ante el Registro de Fundaciones, y no ante el Protectorado. Se produce, pues, una asunción real de las facultades que hasta el momento han ostentado los Protectorados por el Registro de Fundaciones único.

7. Sobre el fomento de las prácticas de buen gobierno, transparencia y lucha contra el fraude, podemos apuntar lo siguiente:

En cuanto a las normas de buen gobierno (cuyos principios elementales son consagrados en el art. 17 ALF), para evitar discrecionalidades, el ALF establece diferentes exigencias, especialmente en lo relativo a gobierno del Patronato, tales como el mandato establecido a las Fundaciones para la aprobación y difusión de sus

propios códigos de buen gobierno (art. 22.5 ALF), la remisión a lo dispuesto en la normativa vigente en materia de incompatibilidades y conflictos de interés (art. 14.6, párrafo segundo, ALF) o la exigencia del art. 14.3, párrafo tercero, ALF, que señala que el cargo de Presidente y Secretario no podrá ser ejercido por una misma persona –ello, con el fin de garantizar la realidad de los acuerdos adoptados y el seguimiento de los procesos de elección y decisión marcados en los Estatutos de la Fundación–.

En el mismo sentido, para asegurar que la voluntad expresada por los patronos sea debidamente identificada y certificada, el art. 14.4, párrafo tercero, ALF señala que el cargo de patrono de una persona física –o jurídica, debidamente representada– es incompatible con el cargo de representante de otra persona jurídica, patrono de la misma Fundación.

A reglón seguido, el ALF señala que una persona física –que no ostente la condición de patrono de la misma Fundación– no podrá ejercer la representación de más de una misma persona jurídica en el Patronato de la Fundación.

Es indudable que el Legislador ha considerado, en el marco de la implementación de las reglas de buen gobierno, limitar las potestades de representación con el fin de que la voluntad fundacional, expresada a través de su órgano colegiado de gobierno, no ilustre, en realidad, la voluntad unilateral de alguno o algunos de los patronos.

No obstante, si aquella fue verdaderamente su intención, entiendo que el ALF, en relación a las personas físicas, debió extender la prohibición de representar a más de una persona jurídica también a otras personas físicas. Tal como está redactado el art. 14.4, párrafos tercero y cuarto, ALF es evidente que las personas físicas no pueden ejercer la representación de una persona jurídica, cuando ya ostentan el cargo de patrono, y que, cuando no recaban esta condición de patronos, tampoco podrán ejercer la representación de más de una persona jurídica. A tenor de lo expuesto, es lógico pensar que una persona física, con independencia de que ostente o no el cargo de patrono, podrá ejercer la representación de otras personas físicas, con lo que el propósito que inspira la modificación de este precepto queda igualmente frustrado.

Para garantizar la buena gestión de la institución por parte de los patronos, y en cumplimiento de lo dispuesto por la normativa sobre transparencia, habiendo fijado la gratuidad del cargo de patrono (art. 14.6, párrafo primero, ALF), se subordina a “previa autorización o comunicación al Protectorado”, y en los supuestos legal y reglamentariamente establecidos, la posibilidad de fijar una retribución – con independencia del derecho de los patronos a ser reembolsados por los gastos que el ejercicio del cargo les ocasione– (art. 14.6, párrafo tercero, ALF).

Nuevamente, entiendo errónea la configuración que el ALF hace de la retribución del cargo de patrono. La LF establece en el párrafo segundo de su art. 15.4 la necesidad de someter “a previa autorización” del Protectorado la fijación de retribución por el ejercicio del cargo de patrono. No obstante, el ALF señala que

dicha retribución será objeto de “previa autorización o comunicación” al Protectorado. Esta redacción dada por el precepto abre una vía para que los patronos puedan establecer para sí mismos determinadas remuneraciones –que pueden no adecuarse al principio genérico de gratuidad del cargo– mediante una mera comunicación al Protectorado, ya que esta alternativa no requiere el control de fondo que subyace en la previa autorización.

Para el caso de que no se vea respetado el mínimo de tres patronos previsto en el art. 14.3 ALF, el art. 15.2 ALF faculta al Protectorado para la designación de la persona o personas que deban integrar provisionalmente dicho órgano –a propuesta de los otros miembros del Patronato, del fundador o fundadores–, con la finalidad de no interrumpir la actividad fundacional en tanto que se designe un nuevo o nuevos patronos, de acuerdo con los mecanismos previstos en los Estatutos.

Si en el plazo de tres meses –desde que dicha circunstancia fue comunicada al Patronato por el Protectorado– ni los miembros del Patronato ni los fundadores propusieran al Protectorado la designación de tales patronos, el Protectorado designará directamente a los mismos.

En el marco de las causas de cese de los patronos de la Fundación, el ALF elimina la posibilidad prevista en el art. 18.2, letra f), LF de que el patrono cese en su cargo por el transcurso del plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, ya que, a través de la nueva regulación del procedimiento de constitución previsto en el art. 13 ALF (concretamente, en su apartado tercero), otorgada la escritura pública de constitución, “el Notario, en el mes siguiente al otorgamiento, remitirá por vía electrónica una copia simple de la misma al Protectorado e instará la inscripción de la Fundación en el Registro de Fundaciones”.

En contraposición, este mismo precepto establece la prohibición de cesar a uno de los patronos por acuerdo unilateral del fundador o del resto de los miembros del Patronato –fuera, lógicamente, de los supuestos previamente enumerados–.

Otra de las medidas clave para garantizar la transparencia y evitar las prácticas fraudulentas, es la establecida en el art. 22.4 ALF, que genera la obligación de las Fundaciones de crear una página web.

Asimismo, el art. 24.11 ALF establece la exigencia de remitir por parte del Protectorado al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (en adelante el “MHAP”) un listado de Fundaciones que no hayan efectuado el depósito de Cuentas Anuales. El ALF prevé que sea el Protectorado quien efectúe dicha remisión al MHAP, quien, a su vez, habrá recibido dicho listado del Registro de Fundaciones dentro del primer mes de cada año. Resulta difícil encontrar un motivo que justifique esta doble obligación de remisión, pues hubiere resultado mucho más

efectivo imponer al Registro un mandato de remisión único tanto al Protectorado como al MHAP. No obstante, entiendo que lo que el Legislador pretende es que el Protectorado disponga de toda la información necesaria como órgano ejerciente de la potestad de control y sancionadora de las Fundaciones que incumplan sus obligaciones contables –y de distinta naturaleza–.

Como señala la LF en su art. 28, en términos similares a lo dispuesto en el art. 26.1 ALF, la Fundación podrá celebrar contratos con personas a ella vinculadas. Tienen esta especial consideración las personas enumeradas en el párrafo quinto del mismo precepto.

No obstante, dicha contratación deberá contar con la autorización del Protectorado –pese al silencio del ALF, presumiblemente, con carácter previo a la formalización del negocio jurídico–, cuando la cuantía correspondiente al conjunto de las contrataciones que se pretendan llevar a cabo –y, por tanto, previstas en su plan de actuación, presentado ante el Registro de Fundaciones tres meses antes de la finalización del ejercicio anterior– supere los 18.000 euros o, al menos, el 25% del volumen anual de ingresos totales de la Fundación que consten en las Cuentas Anuales correspondientes al último ejercicio.

Aquellos actos que no superen dichos límites son sustraídos por el ALF del régimen de previa autorización y resultan sometidos a comunicación al Protectorado en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a la “realización” –de tal contratación–. A mi juicio, hubiera sido más acertado optar también aquí por el término “formalización”, pues el negocio jurídico pudo formalizarse previamente y realizarse –esto es, llevarse a término– mucho después.

Finalmente, el ALF establece una enumeración –que se advierte poco exhaustiva– de los supuestos en los que el Protectorado podrá denegar la autorización, como son, por ejemplo, el encubrimiento de una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono sin observar las formalidades previstas en el mismo texto.

8. Introducción de un régimen sancionador propio a través de la tipificación de infracciones y correlativas sanciones.

Realizar un análisis detallado del régimen sancionador propio de las Fundaciones previsto en el ALF excede de la finalidad sintética que se pretende en este estudio, por lo que no se abordará en mayor profundidad.

9. Sobre el régimen jurídico de las Fundaciones del Sector Público estatal, es necesario señalar que la Disposición Adicional 11ª ALF establece un mandato para que en un plazo no superior a un año sea el Gobierno quien revise y actualice su régimen jurídico, manteniéndose éste, a priori, en el mismo texto de la LF.

10. Finalmente, se suprime el Consejo Superior de Fundaciones, órgano consultivo encargado, entre otras, de asesorar sobre cualquier disposición normativa estatal en materia de Fundaciones y efectuar las observaciones que entienda oportunas sobre aquellas.