

# E I protectorado de fundaciones

## REFERENCIA HISTÓRICA.

### APROXIMACIÓN AL NACIMIENTO DE FIGURAS AFINES

La legislación general en materia de Fundaciones se ha visto abocada, desde tiempos inmemoriales, a una especial característica: su dispersión. A ello contribuyó la existencia en nuestro ordenamiento de varias clases de fundaciones, a las que había que regular de forma distinta según su propia finalidad o naturaleza: laborales, docentes, eclesiásticas, culturales, benéficas, etc. En su virtud, el Protectorado quedaba atribuido al Ministerio correspondiente: así, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al Ministerio de Educación y Ciencia, Cultura, ...

Buceando en el pasado histórico-legislativo español, la realidad que se nos proyecta sobre la figura de los Protectorados, si bien no es apasionante, sí, por lo menos, es entretenida, y a veces con tintes amenos. Así, si nos acercamos al derecho romano, el auge alcanzado por la beneficencia, basada en la teoría cristiana y fomentada por la Iglesia, ofreció a los benefactores medios para garantizar a las obras de caridad, conocidas como las *piae causae*, una validez general, un aceptable funcionamiento y una existencia duradera.

Según la legislación bizantina, había dos clases de Casas de Caridad: unas procedentes de una liberalidad dada a una Iglesia o a un Monasterio (donación, herencia o legado), o erigidas por la Iglesia o el Monasterio con sus propios medios; y otras creadas como establecimientos con funcionamiento independiente y no ligadas a un instituto preexistente. "Las primeras se administraban por la casa madre; las segundas estaban provistas de una administración autónoma y de un patrimonio propio, con capacidad autónoma y con capacidad de posesión y ejercicio de derechos, pero bajo la vigilancia del Obispo local. Esta vigilancia episcopal es siempre de rigor: si la administración funciona bien el Obispo la aprueba con elogio y en caso contrario, la corrige".

Va surgiendo así el embrión de un método de control de carácter eclesiástico que permite desde un

primer momento histórico la existencia de una vigilancia de los bienes privados que se afectaban a finalidades públicas, entendidas éstas desde el punto de vista de los beneficiarios de las mismas, y en donde el papel de los administradores se circunscribía a la rendición de cuentas ante el Obispo con la finalidad de impedir que una nefasta administración provocara, no sólo la desviación del fin querido por el fundador sino, lo más grave, la desaparición del patrimonio de la institución.

El Código de Justiniano va a favorecer el desarrollo de las instituciones de noble causa y mejor fin, antecedentes precisos de lo que hoy en día se conoce con el nombre de Fundaciones. La existencia de una tenue vigilancia civil, y no sólo religiosa, aparece de la mano del llamado *curador rei publicae* que tutelaba el cumplimiento de las *mandas fiduciae* realizadas en favor de una ciudad determinada.

Pero no va a ser sino a partir del S.XIV cuando el proceso de secularización de la sociedad y de las instituciones permita la progresiva intervención de las autoridades civiles (especialmente las municipales) en la administración de las Fundaciones, y en ello hay que tener en cuenta la conversión de estas instituciones en entes seculares organizadas, en torno a fines profanos, vistas por los Estados (en especial, en Francia e Inglaterra durante los siglos XVII y XVIII) como auténticos "peligros" dada las vinculaciones perpetuas de bienes a un fin que aumentaban considerablemente su número y que "monopolizaban a través de conventos, hospicios y colegios, la mayor parte del patrimonio nacional", y con una gran parcela de privilegios de distinta índole<sup>2</sup>.

El ataque feroz que se llevó a cabo contra estas instituciones fue de tal índole que en 1749 se aprueba el Edicto del Canciller D'Aguessan, llamado Código de las "Manos Muertas", que incluía medidas muy restrictivas de cara a las corporaciones civiles o religiosas, prohibiéndose toda fundación testamentaria y permitiéndose únicamente las constituidas por actos inter vivos<sup>3</sup>. Desde el punto de vista político, la doctrina jurídica se muestra contraria a la existencia de un ente

Isabel Rueda Marfil

Asesora Técnica de  
Fundaciones.  
Consejería de Cultura  
Junta de Andalucía

1. 2. Badens Gasset, Ramón: Las Fundaciones de Derecho Privado; págs. 10 y 55. Ediciones Acervo, Barcelona 1960.

3. Piñar Mañas, José Luis "Relaciones de las Fundaciones con los Protectorados", en De Lorenzo García y Cabra de Luna (Directores): Presente y futuro de las Fundaciones. Civitas-Fundación ONCE, Madrid 1990; págs. 85 y 55.

intermedio entre el individuo y el Estado, circunstancia que provocó un periodo de práctica desaparición de las mismas, auspiciado por ende por las llamadas leyes desamortizadoras españolas de 1820.

El control y vigilancia administrativa son residuos del recelo del legislador del siglo XVIII frente a los organismos intermedios<sup>4</sup> y pasa de los municipios al Estado, sobre todo a partir del momento en que éste asume como propia la actividad asistencial. Nos encontramos, pues, ante una gran crisis de las Fundaciones que durará desde finales del siglo XVIII hasta tiempos muy recientes. Tanto en la Ley General de Beneficiencia de 20 de Junio de 1849 como en su Reglamento de 14 de Mayo de 1852 se hace referencia a las funciones del Gobierno en relación con los establecimientos públicos y privados de beneficiencia, o fundados con fines benéficos. El Decreto e Instrucción de 27 de Abril de 1875 recoge la figura del Protectorado del Gobierno sobre los mismos. Por su parte, el Código Civil de 1889 regula la materia de las personas jurídicas posibilitando la constitución de Fundaciones. En 1899 se dicta la Instrucción de 14 de Marzo que regula el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficiencia particular, cuyo artículo 1º establece que "El Protectorado de las Intituciones de Beneficiencia comprenderá las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas"; artículo que interpretó la Jurisprudencia en el sentido de indicar que "por más que la voluntad del testador sea Ley en la materia, tiene la limitación que imponen la moral y el derecho, debiendo subordinarse a las prescripciones que las leyes establecen para que por su ejercicio no sufra lesión alguna el derecho de los demás; y aún cuando la instalación de un hospital donde tengan acogida y asistencia los enfermos pobres es una obra meritoria que amparan y protegen las leyes, estas mismas establecen las condiciones en que deben verificarse para que no peligre la salud de los pueblos, y por lo tanto, al oponerse un Ayuntamiento a que se instale un hospital en la casa particular que habitó un testador, no impide ni niega la facultad que los particulares tienen para fundar esta clase de establecimientos, limitandose a ejercer la vigilancia y la inspección que le conceden las leyes."

No olvidemos, por otro lado, que la referida Instrucción permitía en sus artículos 5 y 6 excluir por voluntad del fundador determinadas funciones del Protectorado, dada la posibilidad de crear Fundaciones benéficas "a fe y conciencia" y de relevar a los patronos o administrados de la presentación de las cuentas.

La General de Educación de 4 de Agosto de 1970, en su artículo 137, establecía una autorización al Gobierno para reestructurar el Protectorado del Estado sobre la actividad benéfico-docente, ajustándose a los criterios y directrices relacionados en este artículo, en especial, el que el Estado tiene la grave obligación de garantizar a los fundadores el efectivo cumplimiento de su voluntad, siendo el Ministro de Educación y Ciencia quien ha de velar para que estas Instituciones, por medio de sus propios organos de

gobierno, continúen siendo siempre lo que sus fundadores quisieron que fueran.

En su virtud se dictó el Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas y Entidades Análogas y de los Servicios Administrativos encargados del Protectorado sobre las mismas, de 21 de julio de 1972, cuyo Título III se dedica al Protectorado del Estado sobre las Fundaciones Culturales Privadas y Entidades análogas. El Protectorado sobre las Fundaciones Docentes y Culturales, recaía en el Ministerio de Educación y en el de Cultura respectivamente, pues ambos tipos se regían por el mismo Reglamento de 1972.

Con esta normativa, el Protectorado deja de ejercer una función tuitiva para pasar a una función intervencionista<sup>5</sup>. Recordemos que para determinadas actuaciones se requiere la autorización del Protectorado: enajenar o gravar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles; para la adquisición de bienes muebles e inmuebles cuando su precio exceda del 50% de los ingresos ordinarios anuales; para el ejercicio de actividades industriales o mercantiles en ciertos casos ....

Por lo que a las Fundaciones de carácter laboral se refiere, el Decreto 446/1961 de 16 de Marzo establecía que el Ministerio de Trabajo ejercerá su labor de Protectorado sobre las Fundaciones laborales en forma análoga a la que ejerce sobre las entidades de previsión.

### El protectorado tras la Constitución de 1978

Antes de adentrarnos, siquiera sea someramente, en la configuración de los Protectorados tras la Constitución, aclarar una idea central para el ajeno a estos temas que se enfrenta por primera vez con la figura de los Protectorados, y es el de la diversidad de los centros administrativos existentes; porque, efectivamente, hablamos de los Protectorados y no del Protectorado. Existen, a nivel central (Estado), diversos Protectorados, según la clase de Fundaciones: culturales, docentes, benéfico-asistenciales, etc.

Por otro lado, el hecho de que las Comunidades Autónomas reciban transferencias de facultades en materia de cultura, docente, beneficiencia ..., multiplica esos centros, esas unidades administrativas de Protectorado. En este sentido, han asumido expresamente competencias en materia de Fundaciones, incluido por ende el Protectorado sobre ellas, las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, La Rioja, Valencia, Castilla-La Mancha, Navarra, Extremadura, Baleares, Canarias y Castilla-León.

No deja de sorprender, como ha puesto de manifiesto el profesor GARRIDO FALLA<sup>6</sup>, que un tema tan aparentemente aséptico como el de las Fundaciones privadas haya saltado a la Constitución, concretamente a su artículo 34. Dicho artículo, según Francisco Rico Pérez<sup>7</sup>, en su tramitación parlamentaria hizo surgir entre los representantes de la izquierda cierto temor por el hecho de que se permitiera la entrada, otra vez, de los mayorazgos, fideicomisos, patronatos o cualquiera otra suerte de vinculaciones.

4. Torrente y Schlesinger: *Manuale di Diritto Privado*, Giuffrè, Milano, 12 ed., 1985; pág.109.

5. Badens Gasset, Ramón: op. cit.; pág.195.

6. Garrido Falla: *Comentarios a la Constitución*. Madrid, 1980.

7. Rico Pérez, Francisco: *Las Fundaciones en la Constitución Española*. Ilustre Colegio de Abogados. Toledo, 1982; págs. 53 y 55.

El requisito legal del "interés general" como exigencia constitucional supone la culminación de un proceso histórico de lucha contra las vinculaciones; por otra parte, el derecho de Fundaciones ha de ejercitarse con arreglo a la ley. Así pues, la discordancia con las normas legales acarreará la negación del derecho de Fundación.

Pues bien, en el tema que nos ocupa, una vez constituidas las Fundaciones, la actividad administrativa del Estado es ineludiblemente necesaria para su desenvolvimiento. El profesor MADRUGA MENDEZ subraya que "el Estado procura que se cumpla la voluntad de los Fundadores, manteniendo los fines y garantizando la utilidad pública y social de los mismos a los interesados en los beneficios de la Fundación. Y esta función la ejerce vigilando los actos y decisiones de los Patronos y administrados, que están obligados a rendir cuentas de todas las operaciones económico-administrativas realizadas en el ejercicio anual".

Sin embargo, a juicio del profesor PIÑAR MAÑAS<sup>8</sup>, "en un nuevo marco de libertades, el Protectorado debe garantizar el recto ejercicio del derecho de Fundación .... Esta es precisamente la consecuencia que deriva del artículo 34 en relación con el 9.2 de la Constitución. El Protectorado no puede ser ya catalogado como mera función de policía o fiscalización. Debe configurarse como actividad de control y, en base a ese control, apoyo y asesoramiento".

El Tribunal también ha tenido ocasión de resaltar la admisibilidad constitucional del Protectorado. Así, la Sentencia 18/84, de 7 de Febrero, señala que "la existencia del Protectorado del Estado pone de manifiesto la interacción Estado-Sociedad y las funciones que se atribuyen al primero para que se obtenga el interés público presente en toda Fundación (artículo 34 de la Constitución)"<sup>9</sup>.

### Concepto de protectorado

Para el profesor Piñar Mañas "resulta sumamente difícil intentar (más bien conseguir) definir lo que es el Protectorado sobre las Fundaciones. No sólo porque el término en sí tiene varios significados, sino por la heterogeneidad de las funciones y facultades que comprende". Así, Valero Agúndez<sup>10</sup> estima que "engloba tres significaciones formalmente distintas, aunque estrechamente ligadas entre sí. Primeramente significa un conjunto de facultades del Estado sobre las Fundaciones particulares, cuya característica común es la finalidad de tutela y control sobre las mismas. En segundo lugar, comprende una serie de actividades, a través de las cuales se ejercitan esas facultades. En tercer lugar, hace relación a una peculiar relación de poder del Estado sobre dichas Fundaciones —y de correspondiente sumisión de éstas respecto de aquél— derivada de la existencia y ejercicio de las mencionadas facultades", a lo que el profesor Piñar Mañas añade un cuarto significado: el que hace referencia al propio órgano que realiza la función. En este sentido se habla de "hacer una consulta al Protectorado" o "recibir una visita de inspección del Protectorado".

A la hora de ofrecer un concepto global de lo que significa esta palabra y sus funciones más características conviene traer a colación la definición dada por el citado profesor Valero Agúndez, entendiendo el Protectorado "como el conjunto de actividades realizadas por el Estado, en virtud de las facultades que le atribuye la ley y por medio de los organismos concretamente competentes para ello, acerca de las Fundaciones particulares, en orden a conseguir que en ellas sea efectivamente cumplida la voluntad del fundador por la conservación del patrimonio fundacional y por la aplicación efectiva de sus rendimientos al fin establecido por aquél, a asegurar una administración de la Fundación, en la que se satisfagan adecuadamente los intereses de los destinatarios de los beneficios de la misma y se logre una cooperación eficaz de la iniciativa privada concreta de que se trate en cada caso, de donde resulta una peculiar relación de sumisión de las Fundaciones, respecto de las cuales se otorgan al Estado aquellas facultades, al poder del mismo".

La jurisprudencia también ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre una de las funciones que más recelo ha merecido por parte de las Fundaciones, imbuidas, quizás, de la trayectoria jurídico-positiva que han tenido estas Instituciones. Citemos como referente la STS de 17 de Abril de 1979 en la que se justifica la intromisión de la Administración Pública en la actividad de las Fundaciones por el hecho de que "a través de las Fundaciones, un bien patrimonial, o bienes, son apartados de su dedicación a satisfacer necesidades o conveniencias particulares y egoistas, adscribiéndoles a un fin de carácter social y al bien común, lo que les sitúa en un ámbito semejante al reservado a ciertos bienes públicos, o semejante a fines públicos a cargo de la Administración; circunstancia que explica que los poderes de intervención estatales sobre los establecimientos privados de beneficencia, o benéfico-docentes, sean casi tan rigurosos como los que constituyen la natural tutela que sirve de nexo entre la Administración Central del Estado y los establecimientos públicos."

En este sentido conviene subrayar la idea del binomio Protectorado-fiscalización, cuando en la actualidad, sin perjuicio del necesario control que continúa estando en la base del Protectorado, resulta necesario resaltar que éste tiene también como fundamento medular el del apoyo y estímulo a las Fundaciones.



8. Piñar Mañas, José Luis: Las Fundaciones en el marco constitucional. Colección Ciencias Sociales nº 1. Santander, 1992 pág. 72.

9. Lorenzo García, Rafael de: El Nuevo Derecho de Fundaciones. Madrid, Marcial Pons, 1993.

10. Valero Agúndez: La Fundación como forma de empresa. Universidad de Valladolid, 1969 págs.398 y 55.

### **Análisis de la función del protectorado en la Ley de Fundaciones de 1994**

La propia Exposición de Motivos de la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (Ley 30/94 de 24 de Noviembre) en su apartado V expresa que "en la regulación del Protectorado se ha partido de una concepción que le da nuevo contenido al asignarle no sólo funciones de control, sino también de apoyo, impulso y asesoramiento"; en este sentido se pronuncia el artículo 32.1 de la ley: "El Protectorado facilitará el recto ejercicio del derecho de Fundación y asegurará la legalidad de su constitución y funcionamiento".

No obstante, en su Título Iº la ley contiene veintitrés artículos en los que directa o indirectamente se hace mención al Protectorado, de un total de treinta y nueve, contenidos en el Título I.

En relación a las funciones atribuidas al Protectorado por la Ley, la doctrina, y especialmente Piñar Mañas<sup>11</sup>, las clasifica en cinco apartados:

1. Funciones del Protectorado en relación con la creación y constitución de Fundaciones.
2. Funciones referidas al órgano de gobierno de la Fundación (Patronato y Patronos).
3. Funciones en relación con la disposición y administración de los bienes de la Fundación.
4. Funciones relacionadas con el funcionamiento y actividad de las Fundaciones.
5. Funciones en relación con la modificación, fusión y extinción de las Fundaciones.

En relación con el primer apartado, el artículo 32.1 (párrafo a), establece que al Protectorado corresponde "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 refieran a las actividades desarrolladas por aquéllas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario", pudiéndose considerar como típica de fomento al derecho de fundar mientras que las demás se pueden catalogar dentro del ámbito de la policía del actuar fundacional.

Parece que la ley ha ido un poco lejos al asegurar de esta forma una asesoría que pudiéramos llamar integral, pues no sólo se refiere a las cuestiones técnicas que puedan suscitarse en el concreto marco de la actividad desarrollada por la Fundación en el cumplimiento de sus fines, sino que además pretende abarcar también la asesoría jurídica y económica de la Fundación, que ofrece una complejidad sin límites inaccesible a la modestia administrativa de las unidades que desempeñan hoy la llamada acción protectora.

Por lo que se refiere al segundo de los cinco apartados anteriores, las funciones del Protectorado en re-

lación con el Patronato se han reducido de forma esencial en relación con la situación anterior. De esta forma la ley se acerca considerablemente a lo previsto por las leyes catalana, gallega, canaria y vasca sobre las Fundaciones.

Las funciones que componen el tercer apartado sí que se han revisado notablemente. Frente a la regla general anterior, en virtud de la cual se exigía autorización previa para casi todos los actos de disposición y/o administración de los bienes de las Fundaciones, hoy la autorización es necesaria sólo en los supuestos a que se refiere el artículo 19.1 de la ley.

De las funciones que la ley atribuye al Protectorado en relación con el funcionamiento y actividad de las Fundaciones conviene detenerse en la intervención temporal a que se refiere el artículo 34, que establece un mecanismo de intervención con participación del Protectorado, audiencia del Patronato y decisión última de los Tribunales (Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación). La intervención temporal de la Fundación es posible en casos de "grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la Fundación o desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada". Las garantías que se establecen para llevarla a cabo son superiores que las que en otras leyes se prescriben para supuestos de intervención de otras entidades.

Desde el punto de vista de las funciones del Protectorado en relación con la modificación, fusión, liquidación y extinción de las Fundaciones, hay que indicar que al mismo sólo le corresponde una actuación residual y accesoria de la que deben protagonizar los fundadores y patronos. En este sentido, la ley es respetuosa con la voluntad del fundador en la determinación del destino de los bienes de las fundaciones extinguidas, voluntad prevalente que no puede ser alterada por el Protectorado; este sólo puede determinar el destino de tales bienes cuando el mismo no se haya determinado en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida.

11. Piñar Mañas, José Luis: "Régimen Jurídico Público de las Fundaciones en la Nueva Ley de Fundaciones y Mecenazgo". Curso La Nueva Ley de Fundaciones y Mecenazgo. Madrid, 20-21 Febrero 1996. Fundación "LUIS VIVES".