

Notes a la nova regulació de les fundacions en el Codi civil de Catalunya

Marc-R. Lloveras

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El Codi civil de Catalunya regula en el seu llibre III les persones jurídiques. Aquestes Notes destaquen algunes de les principals novetats que el Codi civil conté pel que fa específicament a les fundacions, entre d'altres, el criteri d'atribució de la competència a favor de la Generalitat de Catalunya, la seva definició legal, els principis d'imparcialitat i de no discriminació, l'adquisició de la personalitat jurídica, l'establiment d'una quantia mínima per a la constitució de futures fundacions, l'obligatorietat de la separació de les funcions de direcció dels patrons en les fundacions de major volum econòmic i les funcions del protectorat.

The Catalan Civil Code regulates legal persons in its Book III. This article aims at stressing some of the main novelties of the Code regarding foundations, among others, the criteria for attributing legislative power to the Catalan Parliament, the legal definition of foundations, the principles of impartiality and non-discrimination, the acquisition of legal personality, the establishment of a minimum economic amount for the creation of future foundations, the prohibition of management functions to trustees in specific foundations and the functions of the Board.

Title: The Catalan Civil Code's New Regulation on Foundations

Keywords: Catalan Civil Code; Legal Persons; Foundation; Foundation's Board

Paraules clau: Codi civil de Catalunya; Persona jurídica; Fundació; Protectorat

Sumari

- 1. Introducció**
- 2. Àmbit d'aplicació i competència**
- 3. La definició de la fundació**
 - 3.1. L'aparició de les fundacions públiques**
 - 3.2. Principis d'imparcialitat i no discriminació**
 - 3.3. La personalitat jurídica definitiva**
- 4. La dotació**
- 5. Patronat i normes d'organització**
- 6. El Protectorat**
 - 6.1. Les funcions del Protectorat**
 - 6.2. La no presentació de comptes i la sol·licitud d'intervenció judicial**

1. Introducció

El Llibre tercer del Codi civil, aprovat per la Llei 4/2008, de 24 d'abril¹, es dedica, en compliment de les previsions de l'art. 3 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya², a les persones jurídiques.

El Llibre tercer s'ha estructurat en tres títols, el primer dels quals introdueix, per primera vegada, unes disposicions generals aplicables a totes les persones jurídiques sotmeses al dret català (vg. art. 331-1.d). Aquestes van més enllà de les associacions i les fundacions afectant, entre d'altres, a les cooperatives, les caixes d'estalvi i les mutualitats de previsió social, tal com es fa constar en el preàmbul i en la Disposició final segona, i a d'altres, no esmentades expressament, com ara els col·legis professionals.

Així, en relació, per exemple, amb les caixes d'estalvi, es pot presentar una evident necessitat de coordinació entre les funcions del denominat protectorat públic de la Generalitat, atribuït al Departament d'Economia i Finances, relatives al control i supervisió de les Caixes, i el protectorat de fundacions. Una necessitat que es pot plantejar tant per la mateixa activitat de les caixes com per l'activitat d'obra social que desenvolupen mitjançant fundacions³.

Les disposicions generals conformen una regulació mínima i comú a la personalitat jurídica en dret català, referint-se a la personalitat jurídica i els seus atributs (capítol I), l'actuació i la representació de les persones jurídiques (cap. II), les normes de règim comptable i documental (cap. III), les modificacions estructurals i la liquidació (cap. IV), i la publicitat registral (cap. V).

¹ DOGC núm. 5123, de 2.5.2008.

² DOGC núm. 3798, de 13.1.2003.

³ Així, en primer lloc, es pot tenir present que les caixes tenen naturalesa fundacional segons la seva definició legal (art. 1.2 DL 1/2008) i que la mateixa llei s'hi refereix com a fundació si bé no sempre amb un sentit prou clar (arts. 6.1; 7.1). En aquest cas, la legislació atribueix al Protectorat Públic de la Generalitat, dins de les atribucions pròpies regulades per l'art. 2 DL 1/2008, un seguit de mecanismes de control, com ara l'aprovació de la creació (art. 7); l'aprovació de fusions, absorcions i modificacions d'Estatuts i la del canvi de domicili central (art. 9). La necessitat de coordinació pot ser més clara en el cas de l'atribució del control sobre les fundacions de les caixes. Com és sabut la legislació de caixes d'estalvi les obliga a dur a terme obra social, la qual es pot articular mitjançant una o diverses fundacions. El text refós de la Llei de Caixes d'Estalvi (Decret Legislatiu 1/2008, d'11 de març; DOGC núm. 5090, de 13.3) estableix també la subjecció de les fundacions privades de les caixes, quan en tinguin, per dur a terme les seves obligacions legals d'obra social, a la legislació civil catalana, però l'art. 4.4 DL 1/2008 atribueix al Departament d'Economia i Finances, en l'àmbit de les seves competències, el control i la supervisió de l'actuació de la fundació, encara que ho fixa sens perjudici de les atribucions que la llei de fundacions (ara ja el Codi civil i la legislació complementària) reconegui a altres òrgans de l'administració de la Generalitat, és a dir, al Protectorat de fundacions.

2. Àmbit d'aplicació i competència

En aquestes disposicions generals es fa referència a l'àmbit d'aplicació del llibre III sobre les fundacions que exerceixen les seves funcions *majoritàriament* a Catalunya, criteri que reproduïx l'atribució competencial que fa l'art. 118 EAC i que modifica, tot i que matisadament, el criteri de la llei anterior⁴.

D'altra banda, en el cas de les caixes d'estalvi, el criteri és diferent, cosa que també pot comportar la necessitat de coordinar les previsions legals. Així, per a les caixes la competència de la Generalitat s'aplica a les caixes "*amb domicili central a Catalunya*" (art. 1 DL 1/2008), cosa que sembla incloure les funcions del Departament d'Economia i Finances, tot i que l'art. 4.4 no es refereix literalment al protectorat públic, de supervisió de l'actuació de les fundacions, sinó al Departament d'Economia i Finances. En canvi, d'acord amb el Llibre III, la legislació s'aplica, incloent també sense dubte el protectorat de fundacions, sobre les fundacions que exerceixen *majoritàriament* les seves finalitats a Catalunya⁵. En qualsevol cas, el criteri del domicili, tot i plantejar altres problemes, sembla més encertat en un món com l'actual en què bona part de les fundacions catalanes, especialment de cooperació al desenvolupament, exerceixen de manera molt important les seves finalitats fora de Catalunya i algunes quasi exclusivament a l'estranger.

Amb això s'utilitza un criteri també literalment diferent al de la *principalitat* previst per la llei estatal de fundacions⁶ i també per la resta de lleis autonòmiques que han fet ús de la competència sobre fundacions⁷, assumida ja per totes les CCAA, per la via legislativa.

⁴ L'art. 118 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (LO 2/2006; DOGC núm. 4680, de 20.7) es refereix a la "*competència exclusiva sobre el règim jurídic de les fundacions que compleixin llurs finalitats majoritàriament a Catalunya*". El criteri de l'exercici majoritari de les funcions, i també de les associacions, ha substituït el criteri de la principalitat previst en l'art. 9.24 de l'EAC de 1979. La llei de 1982 (Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades; DOGC, núm. 206, de 10.3) i la de 2001 (Llei 5/2001, de 2 de maig, de fundacions; DOGC núm. 3388, de 15.5) es referien en els seus respectius articles 1, seguint l'Estatut vigent aleshores, a les fundacions privades que exercien les seves funcions principalment a Catalunya.

⁵ En el cas de les caixes, és significatiu el cas de la renascuda Obra Social de *La Caixa* que, amb un pressupost del quasi 400 milions d'euros per al 2007, queda sens dubte dins del control del Departament d'Economia d'acord amb el criteri del domicili central, però que pel que fa al protectorat de fundacions hem de fer, com a mínim, la interpretació del terme majoritàriament per a determinar-ne la subjecció, tenint en compte que, segons les dades de l'informe anual de 2007 (http://obrasocial.lacaixa.es/balancesocial/informeannual_ca.html), les activitats de l'Obra Social *La Caixa* a Catalunya representen durant l'any 2007 un 38,7% del total i els seus beneficiaris un 35'3%, repartint-se la resta en el conjunt de l'Estat espanyol. Amb la distribució d'aquestes activitats en el conjunt del territori de l'Estat fa difícil no fer aplicable la llei estatal d'acord amb la seva pròpia norma de competència (vegeu nota següent) i tenint també present la necessitat que el conjunt de les activitats estiguin també sotmeses al control de l'administració.

⁶ Llei 50/2002, de 26 de desembre, de *Fundaciones* (BOE núm. 310, de 27.12).

⁷ La competència autonòmica sobre fundacions existeix actualment en totes les CCAA. Inicialment fou assumida en els casos dels Estatuts de Catalunya, País Basc, Galícia i Andalusia. En el cas de Navarra, les fundacions ja estaven recollides a la Compilació de 1973 i malgrat l'assumpció de la competència pel seu desenvolupament per part de l'art. 48.2 de la LO 13/1982, la mateixa Llei Orgànica de *Reintegración y Amejoramiento*, recull també expressament la competència sobre fundacions en aquest cas "*constituïdas con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra*".

L'art. 1 de la llei estatal es refereix a les "*fundaciones de competencia estatal*", les quals defineix indirectament en l'art. 36 en regular el registre d'aquestes fundacions, que són les que desenvolupin la seva activitat "*en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma*"⁸. El criteri de la principalitat és el seguit per les lleis autonòmiques de fundacions referint-se al territori de cadascuna de les CCAA⁹.

3. La definició de la fundació

La definició de les fundacions (art. 331-1) com a entitats sense ànim de lucre que tenen un patrimoni afectat a la consecució de finalitats d'interès general es manté essencialment igual en relació a la legislació anterior.

Es pot apuntar, però, un intent de major precisió per part del legislador, ja que es fan algunes precisions terminològiques en la definició, millorant la continguda en l'art. 1.2 de la Llei de 2001, preferint-se l'ànim enlloc de l'afany; donant una visió més omnicompresiva de l'afectació al referir-se ara a l'afectació de béns o drets de contingut econòmic, modificant l'anterior referència a l'afectació de béns o drets de realització; i s'inclou també expressament en la definició la destinació dels rendiments o dels recursos obtinguts per altres mitjans al compliment de les finalitats de la fundació.

De la definició destaca però, més especialment, la desaparició de la qualificació com a *privades* de les fundacions objecte de regulació, apareixent, a més, expressament en la

Posteriorment, i segregant-se de la competència relativa al dret civil, fou també assumida per les comunitats de Canàries i la Valenciana (en desenvolupament de les LO 11 i 12/1982 -LOTRACA i LOTRAVA-). Per la resta de CCAA, la competència sobre fundacions fou recollida expressament per l'art. 2.f de la LO 9/1992, de 23 de desembre, de transferència de competències a les CCAA que van accedir a l'autonomia per la via de l'art. 143 CE, que utilitza precisament el criteri del desenvolupament principal de les funcions de la fundació a la Comunitat Autònoma per a atribuir competència a les CCAA d'Astúries, Cantàbria, La Rioja, Múrcia, Aragó, Castella-La Manxa, Extremadura, Illes Balears, Madrid i Castella-Lleó.

⁸ En el mateix sentit, art. 2 del RD 1337/2005, d'11 de novembre, pel que s'aprova el Reglament de Fundacions de competència estatal (BOE núm. 279, de 22.11) i art. 11 RD 1611/2007, de 7 de desembre, pel que s'aprova el Reglament del Registre de Fundacions de competència estatal (BOE núm. 17, de 19.1.2008).

⁹ En aquest sentit: art. 2 LF País Basc (Ley 12/1994, de 17 de juny; BOPV núm. 135, de 15.7); art. 1.3 LF Andalusia (Ley 10/1995, de 31 de maig; BOE núm. 156, de 1.7); art. 1 LF CA Madrid (Ley 1/1998, de 2 de març; BOCM núm. 57, de 9.3); art. 1.2 LF CA Valenciana (d'acord amb la redacció donada per l'art. 1 de la Llei 9/2008, de 3 de juliol (BOE núm. 192, de 9.8) de modificació de la Llei 8/1998, de 9 de desembre; DOGV núm. 3391, de 11.12), art. 1 LF Castella-Lleó (Ley 13/2002, de 15 de juliol; BOE núm. 183, de 1.8) i art. 1 LF La Rioja (Ley 1/2007, de 12 de febrer; BOE núm. 59, de 9.3). La Llei canària (Ley 2/1998, de 6 d'abril; BOE núm. 108, de 6.5) utilitza "*esencialmente*" enlloc del "*principalment*" i ho completa entenent que es produeix quan la fundació estigui domiciliada al territori de la Comunitat. La llei gallega (art. 2 Ley 12/2006, d'1 de desembre; BOE núm. 14, 16.1.2007; ja en el mateix sentit la llei anterior 7/1983) se separa d'aquest model i estableix, com a referència per a la competència, *l'interès gallec de la fundació*, tal com estableix l'EAG (art. 27.26 LO 1/1981; BOE núm. 101, de 28.4). Així, la llei ha de definir què entén com a fundacions d'interès gallec, cosa que fa afegint al criteri territorial de l'exercici de les seves funcions en el territori de la comunitat (*desarrollen principalmente sus actividades*) la necessitat de la domiciliació de la fundació en el territori de la comunitat i que realitzi, tot i que resti sense definició legal, "*finés de interés general para Galicia*".

regulació les fundacions públiques. Així mateix, destaquen dos aspectes més marginals de l'art. 331-1, titulat "*Conceptes i principis*", com són la introducció dels criteris d'imparcialitat i no-discriminació (331-1.3), i la referència a l'adquisició de la personalitat jurídica definitiva per part de la fundació (331-1.4).

3.1. L'aparició de les fundacions públiques

L'eliminació del terme "*privades*"¹⁰ dóna pas a l'aplicació del Codi civil a totes les fundacions, també doncs a les de naturalesa pública, les quals, sense tenir fins el moment una regulació autònoma, queden expressament integrades en el Codi i qualificades com a tal en l'art. 331-2.2.

La sistemàtica, no obstant, és millorable, ja que s'inclouen en l'article que es dedica a la capacitat per a constituir la fundació¹¹, utilitzant-se aquest article, no pas per a tractar d'aquesta capacitat, sinó per a qualificar de públiques les que compleixin els criteris que s'hi determinen, centrats en la participació majoritària de l'administració.

D'acord amb el CC, les fundacions són públiques quan es compleix algun dels requisits que esmenta l'art. 331-2.2, que són un d'aquests tres: a) que s'hagin constituït amb una aportació majoritària de l'Administració de la Generalitat, dels ens locals de Catalunya o d'organismes públics o altres ens que en depenguin, tant si l'aportació es fa de manera directa com indirecta; b) que més del 50% del seu patrimoni fundacional estigui format, amb caràcter permanent, per béns o drets aportats o cedits per les entitats a què fa referència la lletra a; c) que més de la meitat dels membres de l'òrgan de govern siguin nomenats per l'Administració de la Generalitat, pels ens locals de Catalunya o per organismes públics o altres que en depenguin¹².

Tot i que per raó de la matèria la regulació no sembla pròpia del Codi civil, un cop el legislador es decideix a incorporar-les sembla que la matèria té substantivitat suficient per a regular-se com a tal dins del mateix Codi, més encara quan, com finalment s'ha esdevingut, el Codi fixa un mínim marc regulador general, sense desenvolupament

¹⁰ El terme *privades* apareixia fins i tot en el títol de la llei 1/1982 i, tot i desaparèixer del títol de la llei 5/2001, es mantenia en la definició (art. 1.1 i 1.2) i seguia apareixent al llarg de la llei (arts. 2.1, 3.3, 6, 7, 11). Ara desapareix tant del títol com de la definició de les fundacions.

¹¹ En relació a la capacitat per a la constitució, l'art. 331-2 CC indica confusament que les persones jurídiques públiques només poden constituir fundacions juntament amb persones jurídiques privades, d'acord amb llur normativa. La norma sembla que literalment pretengui impedir la constitució per part de les administracions de fundacions públiques sense cap mena de participació de persones privades, cosa que no sembla estar dins de l'àmbit del mateix Codi ni dins de política legislativa sobre la matèria. La interpretació raonable ens pot indicar que la referència s'ha d'entendre feta a què ha de ser el règim jurídic de la persona jurídica pública fundadora el que permeti constituir fundacions mixtes.

¹² El CC afegeix als criteris que usa la Llei estatal (art. 44), referits lògicament a l'administració de l'Estat, el criteri de la participació també majoritària com a patrons de persones designades per l'administració, cosa que no necessàriament hauria de comportar la seva qualificació com a fundacions públiques.

posterior previsible a curt termini¹³, i més tenint present que el Codi, com veiem, no es limita a esmentar-les sinó que, a més de fixar els requisits per a considerar-les públiques, fa altres previsions que queden disperses, com ara les normes sobre l'aportació successiva de la dotació (art. 331-6.6) i l'esment del caràcter públic en la denominació de la fundació (art. 331-9.1).

3.2. Principis d'imparcialitat i no discriminació

L'art. 331-1.3 introdueix els criteris d'imparcialitat i no-discriminació en la determinació dels beneficiaris de les activitats de les fundacions.

Els esmentats com a criteris responen millor a la idea de principis i venen a significar la necessitat de neutralitat -imparcialitat- per part de la fundació en la recerca de les seves finalitats, quan aquestes s'apliquen a beneficiaris concrets, i la impossibilitat d'excloure'n per motius relacionats amb el principi d'igualtat¹⁴. Així, el moment d'aplicació d'aquests principis serà el de la determinació, mitjançant els seus procediments interns, dels possibles beneficiaris concrets dels programes i actuacions de les fundacions. Tot i que la norma no obliga a donar-ne publicitat, sí que obre el camí cap a una major transparència d'aquesta mena de procediments.

D'altra banda, aquesta nova referència legal completa la prohibició tradicional de les fundacions que es pretenguin crear per al propi i exclusiu benefici o gaudi del fundador o la seva família com a instrument de vinculació o manteniment de la propietat o del gaudiment dels beneficis que la legislació fiscal atorga a les fundacions.

La prohibició de les fundacions *particulars*, per manca de finalitats d'interès general, es redacta ara de manera més clara¹⁵ en referir-se, de la mateixa manera que la llei estatal (art. 3.3), a la impossibilitat de les fundacions que *es vulguin constituir amb la finalitat principal de destinar prestacions als fundadors, als patrons o al nucli familiar immediat dels mateixos - cònjuge, parella estable i parents fins al quart grau-*, però tampoc a d'altres

¹³ El legislador no ha assumit finalment el manament per tal que el Govern presentés al Parlament un projecte regulador de les fundacions públiques, tal com s'havia previst inicialment en el Projecte de Llei de Llibre tercer (BOPC, núm. 20, 23.1.2007) que havia incorporat una disposició final, la tercera, on es feia al manament al Govern per a presentar, en el termini de sis mesos posteriors a l'entrada en vigor del llibre tercer, una dita *Llei reguladora de les fundacions públiques*. El manament ha desaparegut del text aprovat finalment pel Parlament, tot i que es mantenia encara com a recomanació de l'informe de la ponència (BOPC, núm. 225, pàg. 69), i havia estat encara esmenat pel Grup Parlamentari Popular (Dictamen de la Comissió, BOPC, núm. 242, 10.4.2008).

¹⁴ Cal relacionar, doncs, la no discriminació amb les causes esmentades expressament a l'art. 14 CE. No obstant, cal tenir present que la finalitat concreta de la fundació i el seu àmbit d'actuació poden comportar limitacions en relació als possibles beneficiaris que, en principi, no s'haurien d'entendre com a discriminatòries.

¹⁵ La nova redacció emfatitza molt més clarament l'abast de la prohibició que en la legislació anterior queda únicament recollida sota la necessitat que *"les seves activitats han de beneficiar col·lectius genèrics de persones"* (art. 4 LF 2001) o l'anterior *"beneficiar persones no individualment determinades"* (art. 5.1 LF 1982).

persones jurídiques singularitzades, sempre que aquestes no persegueixin finalitats d'interès general.

3.3. La personalitat jurídica definitiva

L'art. 331-1.4 CC es refereix de manera innovadora a l'adquisició *definitiva* de la personalitat jurídica per part de la fundació a través del requisit d'inscripció de la carta fundacional¹⁶.

El terme no apareix en el projecte de llei de llibre III presentat al Parlament, essent la seva introducció fruit d'un acord transaccional en el sí de la Ponència parlamentària entre la posició del projecte de llei presentat pel Govern i la posició favorable a l'adquisició de la personalitat a partir de l'atorgament de la carta fundacional i no pas amb la seva inscripció. Un acord que no clarifica el text legal i que pot induir a confusió¹⁷.

Malgrat que ni el Codi civil ni la legislació anterior no reconeixen cap mena de figura similar a la *fundació en constitució o a la fundació no inscrita o irregular*¹⁸, sí que podem pensar que existeix alguna institucionalització entre el moment de l'atorgament de la carta fundacional i el moment en què, amb la seva inscripció, es dota de personalitat jurídica¹⁹.

Ara bé, això no ha de poder representar cap mena de personalitat jurídica *prèvia o provisional*, ja que simplement aquesta no existeix com a oposada al terme definitiva. En aquest sentit, doncs, no ha de quedar cap dubte sobre l'adquisició de personalitat de la fundació a partir de la seva inscripció i sobre la manca de sentit, més enllà de la retòrica buida de contingut de la que un text legal hauria de defugir, del terme introduït.

El Llibre III estableix la norma general a l'art. 311-2, d'acord amb el qual les entitats subjectes al Codi adquireixen personalitat jurídica per mitjà de la voluntat manifestada en l'acte de

¹⁶ En aquest sentit, no apareixia en la legislació anterior, que es limitava a exigir la inscripció al registre per a "assolir" la personalitat jurídica (art. 6.2 Llei de 2001), mentre que la Llei de 1982 feia referència al començament de la personalitat en el mateix moment en què la fundació queda vàlidament constituïda (art. 2.2), exigint-se sempre la inscripció de la carta fundacional (art. 6.1).

¹⁷ En el text del projecte presentat es tracta encara de l'art. 331-1.3 (BOPC, núm. 20, de 23.1.2007, pàg. 39). L'esmena sobre aquest punt la presentà el grup parlamentari del PP (esmena núm. 81), partidari de l'adquisició de la personalitat jurídica a partir de l'atorgament de la carta fundacional amb una inscripció posterior de caràcter merament formal. Pel mig trobem una altra esmena del grup parlamentari de CiU (núm. 5), finalment retirada en favor de l'acord esmentat, a l'art. 311-2, que invertia el sentit del text actual fent del requisit de la inscripció la norma general del Codi per a totes les persones jurídiques, i permetent l'excepció pels casos previstos expressament en la regulació concreta de cada persona jurídica. Vegeu Informe de la Ponència (BOPC, núm. 225, de 10.3.2008, pàgs. 4 i 37).

¹⁸ Figura que sí existia en el cas de les associacions (art. 11 Llei 7/1997) amb l'objectiu de fixar la responsabilitat de les persones que actuessin en nom de l'associació quan aquesta no estava inscrita, però partint de la lògica que l'associació ja existeix des de l'atorgament del seu acord de constitució i poden, per tant, operar en el tràfic com a tal. Precepte que també ha desaparegut del llibre III.

¹⁹ En aquest sentit, la llei estatal de fundacions sí que fa esment a la fundació en procés de constitució, art. 13 Llei 50/2002.

constituïció -carta fundacional en el cas de la fundació o testament o codicil, art. 331-3- i amb el compliment, si escau, dels requisits que la llei estableix a aquest efecte. El Codi també estableix l'obligatorietat general de la inscripció, però sense predeterminar que aquesta sigui un requisit d'adquisició de la personalitat (art. 315-1.2.a), tal com mostra clarament la previsió per a les associacions (art. 321-5) que s'hi han d'inscriure "*només a efectes de publicitat*", quelcom del tot diferent al que es preveu per a les fundacions. Aquestes adquireixen la personalitat jurídica, ara qualificada com a *definitiva*, amb la inscripció de la carta fundacional (art. 331-1.4)²⁰, la qual, però, no és optativa, ja que tant els patrons (art. 331-10.1) com els encarregats d'executar la voluntat fundacional manifestada *mortis causa* (art. 331-3.3 i 331-10.1 -in fine-) han de sol·licitar-la, donant-se, a més, en tots dos casos, funcions de suplència al protectorat (arts. 331-3.3 i 331-11), cosa que, d'altra banda, dóna contingut normatiu a la declaració del caràcter irrevocable de l'acte d'atorgament de la carta fundacional (art. 331-4.2). Un argument literal ulterior és que, en el cas de les fundacions temporals, el termini per a la seva durada comença a contar a partir de la data de la seva inscripció (art. 331-8.b).

Menys encara quan el Llibre III suprimeix la regulació que feia la llei de 2001 sobre el procés d'inscripció²¹ i quan, a més, n'ha augmentat els requisits -exigència de dotació mínima i del seu desemborsament, arts. 331-5 i 331-6; projecte de viabilitat, art. 331-7.2-, motiu pel qual aquesta pren encara una major significació substantiva i no es limita a ser un acte de control merament formal, i es fa, per tant, encara més difícil pensar en res de similar a la personalitat abans que la inscripció s'hagi produït.

Cal aclarir, aleshores, que les actuacions dutes a terme amb anterioritat a la inscripció són de naturalesa estrictament personal i atribuïbles únicament a les persones que les diguin a terme. En aquest sentit, l'art. 331-10 es refereix al deure dels (designats com a futurs) patrons de sol·licitar la inscripció de la fundació al Registre i, fins aleshores, "*fer tot el que calgui per a conservar els béns del patrimoni inicial i facilitar l'activitat futura de la fundació*", però com ja hem vist ha desaparegut la imputació d'aquests actes a la fundació.

En relació a la possible responsabilitat derivada de la realització d'aquests actes, el llibre III, suprimint l'art. 13 de la llei de 2001²², els deixa només sota la no del tot clara cobertura de la norma general de l'art. 312-15, que fixa la responsabilitat personal dels

²⁰ Aquest és també el criteri fixat per l'art. 4 de la llei estatal de fundacions (50/2002), precepte que és qualificat de bàsic d'acord amb l'apartat primer de la seva disposició final primera.

²¹ L'art. 12 de la Llei 5/2001 tenia com a objecte poder imputar a la fundació, un cop inscrita, els actes duts a terme pels seus promotors -patrons, fundadors o encarregats de dur a terme la voluntat fundacional- per a poder-la inscriure i els que s'hagin hagut de fer per a conservar i defensar els béns i drets destinats a la dotació inicial. Tot i la ficció legal, sembla clar que no podem parlar en cap cas d'existència de la fundació prèvia a la seva inscripció.

²² En el mateix sentit, l'art. 13 establia la responsabilitat solidària dels esmentats promotors pels crèdits nascuts durant aquesta fase i per raó dels actes esmentats. Així, un cop inscrita la fundació, la responsabilitat recau ja totalment en la nova persona jurídica que assumeix els actes previs. Però si la fundació no arriba finalment a inscriure's o bé, com establia l'art. 13, "*mentre no es produeixi la inscripció*", els promotors responen solidàriament en cas que els béns destinats a integrar el patrimoni fundacional fossin insuficients. No es parla, doncs, tampoc en aquest darrer cas de fundació sinó que queda afectat a responsabilitat el patrimoni esmentat a la carta fundacional.

fundadors o altres persones encarregades de promoure la inscripció d'una persona jurídica per les conseqüències derivades de la manca d'inscripció.

Observis, però, que la norma no es refereix exactament als perjudicis per a tercers, potencials creditors d'una fundació que no arriba a existir, sinó que sembla més orientada a la responsabilitat personal derivada de la manca d'inscripció com a defraudació de la voluntat fundacional que, a més, s'ha de poder imputar per negligència. Una interpretació àmplia d'aquestes conseqüències, tot i que s'hagin d'imputar per negligència, ha de poder incloure els crèdits nascuts a favor de tercers per actes duts a terme durant la fase de constitució quan aquesta no s'acaba produint. D'altra banda, pel cas que la fundació sí que hagi estat inscrita, la interpretació *a contrario* d'aquest art. 312-15 sembla que permet imputar la responsabilitat, per l'actuació prèvia, a la fundació.

4. La dotació

Una de les novetats més destacades de la nova regulació és l'exigència d'una quantia mínima establerta legalment per a la dotació de les fundacions en el moment de la seva constitució. Així, el CC ha aprofundit en el criteri de la llei anterior que preveia únicament la necessitat d'una dotació suficient per a dur a terme les activitats fundacionals (arts. 5 i 8.1), però sense xifrar-la en cap quantia mínima. Ara, l'art. 331-5 fixa aquesta quantia mínima en 60.000 € per a les fundacions que es constitueixin a partir de l'entrada en vigor del llibre III²³.

La referència a la quantia inicial mínima es reforça establint que els béns que constitueixen la dotació inicial han de ser adequats per a iniciar o dur a terme les activitats fundacionals i estar lliure de càrregues (art. 331-5.1), i establint, tot i les importants excepcions, l'aportació i el desemborsament íntegre de la dotació (art. 331-6.1) com a requisit per a la inscripció de la fundació.

El Codi excepcionalment, pels casos d'aportacions dineràries, que es pugui aportar inicialment només el 50% i que la resta s'aporti en un termini de quatre anys, sempre que el compromís consti en títols executius si es tracta de fundadors privats (art. 331-6.5) o bé que aquest compromís consti expressament en l'acord fundacional aprovat per l'òrgan de govern competent en cas de fundadors públics (art. 331-6.6).

L'establiment d'una dotació mínima xifrada legalment es justifica per la voluntat del legislador de què les fundacions estiguin ben dotades -tal com explicita el preàmbul del llibre tercer- per a dur a terme les seves finalitats, cosa que també es reforça amb l'exigència, com a requisit per a la inscripció, de la presentació d'un projecte de viabilitat econòmica (art. 331-7.2) pels primers dos anys de funcionament²⁴.

²³ La disposició transitòria primera, en el seu punt 5, estableix que les fundacions ja constituïdes no s'hauran de registrar, ara, quan calgui adaptar-se al llibre III, per les normes sobre la dotació.

²⁴ A Catalunya existeixen actualment unes 2.000 fundacions, però no hi ha estadístiques ni informes oficials sobre la seva operativitat real que permetin justificar materialment la decisió adoptada.

La nova regulació és, doncs, clarament més restrictiva que l'anterior. Conscient d'això, es donen dues sortides per a canalitzar la voluntat de realitzar finalitats típicament fundacionals pel cas que no es disposi d'una dotació suficient per a constituir-se com a fundació. Així, es manté la figura de la fundació temporal²⁵ i es pretén també potenciar els denominats fons especials²⁶.

Les fundacions temporals (art. 331-8) tenen una durada màxima de cinc anys i una dotació mínima de 30.000 € (331-8.2). La durada pot ser prorrogada per un nou període de cinc anys (331-8.3), però també es preveu la conversió en indefinida, essent obligatori aleshores ampliar la dotació i presentar el projecte de viabilitat (art. 331-8.3). L'ampliació de la dotació en aquest cas té el mínim del percentatge del 50% de les aportacions dineràries de l'art. 331-6.5, cosa que només s'entén si la fundació temporal també es pot constituir sota el règim de l'aportació successiva (dels seus 30.000 € de dotació) i la conversió a indefinida es produeix abans del termini de 4 anys per a completar l'aportació ja que, en cas superior, els 30.000 € ja estan totalment desemborsats i aleshores la fundació, en passar a indefinida, ja compleix aquest criteri, tenint aleshores fins a 4 anys per a completar l'increment de la dotació fins als 60.000 €.

La nova regulació va també més enllà del criteri utilitzat per la llei estatal (art. 12), tant en la referència a la quantia (30.000 €), que la legislació catalana dobla, com en el seu sentit de presumpció, ja que la legislació estatal no l'estableix pas amb caràcter obligatori sinó com a presumpció de la seva suficiència la qual, a més, es pot també acreditar, encara que la quantia sigui inferior, mitjançant un estudi econòmic de viabilitat.

La presumpció de suficiència fou introduïda per la llei estatal de 2002, incrementant les exigències en relació a la llei estatal de 1994, que preveia únicament la necessitat que la dotació fos adequada i suficient (art. 10). D'altra banda, el desemborsament inicial si es tracta d'una aportació dinerària ha de ser com a mínim del 25%, havent-se de produir el desemborsament total en un termini màxim de cinc anys (art. 12 Llei estatal 2002; ja previst en la llei de 1994, art. 10.2), exigència doncs inferior al 50% i als quatre anys que preveu l'art. 331-6.5 -i .6, en el mateix sentit, per les fundacions públiques- pel cas de l'aportació dinerària successiva.

Les lleis autonòmiques tampoc han previst, pel moment, cap quantia mínima i, en línies generals, reproduïxen la llei estatal, sigui la de 2002 o bé l'anterior de 1994, segons la data d'aprovació de cadascuna d'aquestes lleis.

En aquest sentit, trobem la previsió en els arts. 10 LF La Rioja 1/2007; 13 LF Galícia 12/2006; 14 LF Andalusia (10/2005). És també el cas de la llei valenciana (9/2008, modificant l'art. 11

²⁵ L'art. 3 de la Ley de 2001 ja feia referència a la possibilitat de constituir una fundació temporal establint únicament com a requisit específic que la durada fos suficient per a dur a terme la finalitat fundacional.

²⁶ Als que el llibre III dedica un capítol específic -Capítol IV- dins de la regulació de les fundacions -títol III- (arts. 334-1 a 334-7). Els fons, que havien estat ja introduïts per la llei de 2001 (arts. 40-42), no tenen quanties mínimes, però tampoc màximes, i han de ser en qualsevol cas acceptats per la fundació dins de la que es constitueixen. El fons especial, malgrat no tenir personalitat jurídica, també s'ha d'inscriure al Registre de fundacions i pot tenir una denominació específica.

de la Llei 9/1998), que esmenta expressament la Llei estatal 50/2002. Entre la resta de lleis autonòmiques, aprovades abans de la llei estatal de 2002 i encara no modificades, la referència a la suficiència de la dotació apareix només parcialment en la llei canària (2/1998) en relació al primer programa d'actuació de la fundació, seguint, sembla, en aquest punt, la llei basca (12/1994), que en el seu art. 9 sí es refereix a la suficiència de la dotació però referida al primer programa d'actuació que aquesta desenvolupi i fixant, d'altra banda, un mínim del 30% pel desemborsament inicial. En canvi, no trobem cap referència a la suficiència o adequació de la dotació en els casos de les legislacions de Castella-Lleó (2002), Madrid (1998) i Navarra (1973)²⁷.

5. Patronat i normes d'organització

En relació al patronat i les normes d'organització i funcionament de les fundacions, la novetat més rellevant és l'obligació legal de separació de les funcions de direcció de les que els patrons queden separats en les fundacions que el CC considera ja dins d'un cert grau de professionalització²⁸, establint l'obligació de nomenar una o més persones que exercixin les funcions de direcció de la gestió ordinària i executiva de la fundació, que no pot ser en cap cas un patró (art. 332-2), excloent-se a més també per a aquest tipus de fundació qualsevol relació laboral o professional retribuïda a favor d'un patró (art. 332-10.2).

En la resta de fundacions, en les que els patrons poden dur a terme tasques de direcció, gestió i de qualsevol altra mena, el CC obliga ara a formalitzar contractualment aquesta relació entre patrons i fundació, determinant clarament les tasques que es retribueixen, insistint la llei en què han de ser diferents de les pròpies del càrrec de patró, i fixant el requisit de l'autorització prèvia del protectorat.

En aquest mateix sentit, es manté la gratuïtat per a l'exercici del càrrec de patró (art. 332-10), tot i que s'inverteixen els termes de la redacció legal millorant-la²⁹, així com el dret a la bestreta i reemborsament de despeses les quals, però, han de quedar ara degudament justificades, cosa que n'ha de permetre una major transparència i un control més clar per part del mateix patronat i del protectorat a través de la seva constància en els comptes de la fundació.

²⁷ Així, la llei de Castella-Lleó (13/2002, prèvia encara a la llei estatal de 2002), no fixa cap requisit de suficiència ni adequació de la dotació (art. 9). En el cas de la Llei madrilenya (1/1998), la necessitat de la suficiència no s'esmenta expressament (art. 5), però sembla que es tracta d'un requisit que es pot donar per implícit en la mateixa llei, ja que la suficiència de la dotació és part del contingut que el protectorat ha d'incloure en l'informe previ i necessàriament favorable per a la inscripció de la fundació (art. 6). En el cas de Navarra, la regulació de les fundacions, que trobem a la Compilació (lleis 44 i segs.), no fixa cap mena de requisit per a la dotació.

²⁸ Es tracta de les fundacions que, tenint més de 25 treballadors, tinguin un actiu superior a 6 milions d'euros o bé que el seu volum anual d'ingressos ordinaris sigui superior a 3 milions d'euros.

²⁹ S'afirma ara que "Els patrons exerceixen llurs càrrecs gratuïtament (...)" (art. 332-10.1) mentre que l'art. 23 LF 2001 establia que "Els membres del patronat no són retribuïts pel mer exercici del seu càrrec (...)".

Tant el patronat com els patrons, regulats ara conjuntament (arts. 332-1 a 332-12), tenen en el llibre III un tractament més detallat de la que tenien en la legislació anterior però, fora de les ja comentades, la nova regulació no ha incorporat modificacions substancials.

Cosa similar es pot dir del règim de les modificacions estructurals que ara es regulen conjuntament en el capítol V (arts. 335-1 a 6), incloent doncs la modificació dels estatuts, la fusió, l'escissió i la dissolució. Totes aquestes modificacions requereixen de l'aprovació del protectorat, si bé pel que fa a la fusió sobta especialment la supressió de la garantia judicial i els supòsits previstos anteriorment (art. 43.3 LF 2001) i, per tant, la possibilitat pel protectorat de requerir directament la fusió (art. 335-2.3 -supòsit que sembla més pròpiament d'absorció-) de manera que sembla poder-la fer obligatòria, tot i que l'incompliment del requeriment queda sense solució en el text legal vigent. Per a aquests supòsits es podria plantejar l'aplicabilitat de les funcions de suplència del protectorat (art. 336-2.2.f) en cas de manca d'actuació dels patrons o bé la impugnació d'un hipotètic acord exprés contrari a la fusió per part del patronat de la fundació requerida a fusionar-se amb una altra (que sempre hi ha d'estar d'acord) pel mateix protectorat com a acte contrari a l'interès de la fundació (art. 336-2.2.g).

D'entre aquestes altres modificacions (en la línia del major detall en la regulació o de la seva reordenació)³⁰, podem destacar que s'incrementen els requisits o les prohibicions per a poder ser patró amb criteris perfectament raonables (art. 332-3.2) i es modifica el criteri general de diligència exigible en les seves actuacions, adoptant el de la diligència d'un bon administrador (art. 332-8), l'incompliment de la qual és l'exigible per a determinar la seva responsabilitat per actes o omissions negligents (art. 332-11).

Així, s'afegeix a la plena capacitat d'obrar (art. 18 LF 2001) la no inhabilitació per a exercir càrrecs públics o per a administrar béns -que, com sabem, arrel de la Llei Concursal 9/2003, no afecta ja la capacitat d'obrar com a tal i la prevenció general de no haver estat condemnats per delictes contra el patrimoni o contra l'ordre socioeconòmic o per delictes de falsedat (art. 332-3.2)-. D'altra banda, la diligència d'un bon administrador es pot entendre com un increment en relació al criteri de la diligència d'un administrador lleial (art. 20.c LF 2001), criteri també utilitzat per la llei estatal (art. 17.1: *representante leal*).

Així mateix, buscant una mesura que pugui incrementar la transparència, es legitima a una tercera part dels patrons per a sol·licitar la realització d'una auditoria de comptes quan, no tenint la fundació l'obligació legal de fer-la (art. 333-11), es produeixi alguna circumstància excepcional en la gestió de la fundació (art. 332-8.4). La petició ha d'estar motivada i, en cas que no es prengui l'acord de realitzar l'auditoria o bé que no es convoqui el patronat per a evitar la presa de l'acord, el protectorat pot requerir a la fundació, tenint en compte la motivació de la petició i havent donat audiència al patronat, per a què la dugui a terme.

³⁰ En aquest sentit, destaca la incorporació de la declaració d'absència com a causa de cessament dels patrons, cosa que pot resoldre algun supòsit. No obstant, l'art. 332-12.a) ha suprimit la referència a la declaració de mort, cosa que podria generar algun supòsit desafortunat de manca de previsió en el text legal quan el supòsit de declaració de mort no estigui vinculat a una anterior declaració d'absència legal.

En un sentit similar es regula també el conflicte d'interessos (art. 332-9), ja previst com a disposició general (art. 312-9) que, tot i partir de la iniciativa de l'afectat, impedeix que el patró pugui prendre part en la presa de la decisió en la que presenta l'esmentat conflicte, havent-se de comunicar l'acord o l'execució de l'acte en qüestió al protectorat.

6. El Protectorat

El llibre III dedica el seu sisè i darrer capítol -el VI del títol III- a la regulació del protectorat (arts. 336-1 a 336-4), que cal completar amb la disposició transitòria quarta.

Així, malgrat la importància de la institució de supervisió i control públic, i la multiplicitat de funcions i d'articles previs en què apareix³¹, el legislador no ha volgut fer-ne una regulació completa i unificada.

La migrada regulació del Protectorat és advertida pel mateix Codi que, en el Preàmbul del llibre tercer, ja indica que "(A)questes disposicions bàsiques han d'ésser desplegades per altres instruments normatius, que, atesa llur naturalesa essencialment administrativa, s'ha considerat preferible que restin fora del Codi civil". El mateix Codi, en la seva Disposició Transitòria Quarta, ja encarrega al Govern aquest desplegament, fent el manament per a la presentació d'un projecte de llei del protectorat en el termini de sis mesos posteriors a l'entrada en vigor del llibre tercer (termini que finalitza el 2.2.2009).

La regulació es limita a l'organització i l'àmbit d'actuació; les funcions; l'actuació del protectorat quan la fundació incompleix el deure de presentació dels comptes anuals - que no deixa de ser una funció-; la legitimació per a sol·licitar la intervenció judicial de la fundació, i el desenvolupament provisional de les funcions del protectorat, marcadament de la inspecció, que el mateix CC remet a una llei posterior, com ja s'ha indicat.

D'aquesta manera, el protectorat, a diferència del patronat³², resta sense definició legal, iniciant-se la seva regulació referint-se únicament a l'exercici de les seves funcions (art. 336-1) que s'esmenten, amb caràcter general a l'art. 336-2.1: "*el protectorat ha de vetllar*

³¹ El protectorat és la institució que més apareix al llarg de la regulació de les fundacions que fa el llibre III. Així, ja en el títol I de disposicions generals s'hi fa referència, de manera innecessària, en els arts. 312-4.2, 314-1-7, 314-2.6 i 314-8.2, que són després repetits en la regulació del llibre tercer en els arts. 332-7.3, 335-2.2, 335-3.2 i 335-5.2, si bé en aquest darrer s'aclareix el requisit de l'aprovació i no pas la mera presentació al protectorat de l'informe o proposta de liquidació de la fundació. Ja en el títol III, i abans de la regulació institucional del protectorat, trobem fins a 27 articles que hi fan una o més referències, les quals no sempre han quedat degudament coordinades amb els articles destinats pròpiament al protectorat. Es tracta, excepte els ja citats, dels arts. 331-3.2, 331-5.2, 331-7.2, 331-8.4, 331-10, 331-11, 331-12, 332-1.3.h), 332-2.2, 332-5.1.d), 332-6, 332-8.4, 332-9.1 i .2, 332-10.2, 332.11.2.b) i .3, 333-1.2, .3 i .4, 333-4.1 i .2, 333-9.1 i .2, 333-11.2, 334-5.2, 334-6.3, 335-1.2 i .3 i 335-6.1 i .4. La referència és, doncs, constant, dispersant la regulació i dificultant la integració posterior en la recopilació de funcions que fa l'art. 336-2 que, en alguns casos, comporta reiteracions i, en altres, omissions que han de salvar-se amb la clàusula residual (art. 336-2.i).

³² Vegeu art. 332-1.1: "*El patronat és l'òrgan de govern de la fundació, a la qual administra i representa d'acord amb la llei i els estatuts*".

perquè es compleixin les finalitats fundacionals, les disposicions legals i els estatuts de les fundacions i perquè es respecti la voluntat fundacional”.

La definició com a tal tampoc apareixia en la legislació anterior (art. 47 LF 2001; art. 15 LF 1982), si bé l'art. 47, en definir la funció bàsica, feia un precepte inicial general proper a la definició de la institució. La llei estatal opta també per fer una definició del protectorat, recollint la seva funció genèrica: “*velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones*” (art. 34).

D'altra banda, la llei no qualifica en cap moment el protectorat com a òrgan, cosa que tampoc fa la llei estatal, i, com veiem, únicament podem definir-lo pel conjunt de funcions que exerceix. Unes funcions que tampoc són exercides unitàriament sota una estructura orgànica definida legalment, ja que no s'ha volgut crear ni definir el protectorat com a òrgan administratiu, sinó que les funcions de protectorat són adscrites directament a un Departament de la Generalitat, el de Justícia, que les exerceix a través de la seva pròpia estructura orgànica.

El Departament de Justícia té atribuït el protectorat de fundacions, en tenir atribuïdes les competències de l'administració de la Generalitat en matèria de fundacions i, dins del Departament de Justícia, és la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques la que té encomanades les funcions en matèria de fundacions que corresponguin a la Generalitat. En aquest sentit, les darreres modificacions estructurals del Govern de la Generalitat no han modificat aquest esquema. En aquest sentit, art. 3.7.d) del Decret 421/2006, de 28 de novembre, de creació, denominació i determinació de l'àmbit de competència dels departaments de l'Administració de la Generalitat de Catalunya (DOGC núm. 4771, de 29.11) i art. 6.1 a) del Decret 166/2008, de 26 d'agost, de reestructuració parcial del Departament de Justícia (DOGC núm. 5204, de 28.8).

Així, el protectorat segueix, en aquest sentit, sense existir administrativament i es manté com a conjunt de funcions que són exercides per càrrecs o òrgans administratius que actuen com a Protectorat. És a dir, el protectorat no passa de ser una funció, un conjunt de potestats exercides per diversos òrgans administratius o càrrecs, però sense estar unificades en una estructura administrativa clara ni tenir com a tal existència ni personalitat.

Les lleis autonòmiques no segueixen el mateix patró i qualifiquen d'òrgan administratiu al Protectorat. Així, en els casos de les lleis de fundacions del País Basc (art. 36.1), d'Andalusia (art. 44.1), Castella-Lleó (art. 32), CA Valenciana (art. 28), Galícia (art. 47.1) i La Rioja (art. 41.1).

6.1. Les funcions del Protectorat

L'art. 336-2 fa el llistat de les funcions que té atribuït el protectorat partint de la seva funció o missió bàsica, que és la de “*vetllar perquè es compleixin les finalitats fundacionals, les disposicions legals i els estatuts de les fundacions i perquè es respecti la voluntat fundacional*”.

El llistat de les funcions previstes per la llei (art. 336-2.2) s'amplia recollint ara més exhaustivament les actuacions del protectorat, si bé les novetats, a banda de la reintroducció expressa de la potestat inspectora, són més aviat escasses.

Les funcions es poden dividir en tres tipus, distingint les funcions de registre, les d'assessorament i les de control o supervisió -incloent aquí les funcions de suplència-.

Així, pel que fa al registre, trobem (art. 336-2.2. apartats a i b) la funció de "*resoldre les sol·licituds d'inscripció de les fundacions, de les delegacions de fundacions estrangeres que s'hagin d'establir a Catalunya i dels fons especials*".

La funció amplia la regulada anteriorment en l'art. 48.a) LF 2001 que es limitava a preveure "*resoldre les sol·licituds d'inscripció de les fundacions*", recollint doncs ara expressament, ja en la regulació de la funció, els altres supòsits d'inscripció previstos en l'articulat del llibre III. Pel que fa als fons especials que ja s'havien d'inscriure d'acord amb la legislació anterior (art. 49.e LF 2001), l'art. 334-2.1 els hi imposa les formalitats establertes per a la constitució d'una fundació i l'art. 334-8 estableix el deure d'inscripció al Registre.

La inscripció de la fundació al registre de fundacions no presenta novetats substancials, essent un deure dels designats com a patrons (art. 331-10), que pot ser exercit pel protectorat en funcions de suplència (art. 331-11).

Amb la inscripció es compleix el requisit específic que existeix en el cas de les fundacions, a diferència de les associacions, previst per a l'adquisició de la personalitat jurídica (art. 311-2), que estableix, a més de la manifestació de la voluntat en l'acte de constitució (carta fundacional, 331-4), el compliment dels requisits establerts per la llei. A més del contingut que ha de constar en la carta fundacional i que, en el cas de la fundació, va més enllà de la mera manifestació de la voluntat de constituir-se com a tal fundació, ja que cal incloure els estatuts, la dotació i la designació del patronat inicial, la inscripció és un d'aquests requisits, ja que l'art. 333-1.4 ho estableix expressament per a les fundacions, com ja s'ha comentat anteriorment.

Superant la redacció de la llei anterior (art. 49.i) LF 2001) s'esmenten ara les delegacions de fundacions estrangeres que s'hagin d'establir a Catalunya, les quals s'han d'inscriure al Registre, tal com ja es preveu en els arts. 311-9.1 i 315-1.b, i estan sotmeses al llibre III, en els casos previstos expressament, tal com estableix l'art. 311-1.c).

El supòsit presenta, com a mínim, dos problemes de coordinació, degut als diferents esments que trobem en aquests articles. Així, malgrat que en la funció del protectorat i en la regulació del registre es fa referència únicament a les delegacions de fundacions estrangeres, les disposicions generals es refereixen, no a les estrangeres, sinó a les regulades per altres lleis (311-1.c i 311-9), essent la referència a les estrangeres un afegit al text per poder-les entendre incloses sense cap mena de dubte. Però, aleshores, la norma genera el dubte sobre la necessitat o no d'establir una delegació i sobre l'obligatorietat de la inscripció per a les fundacions de competència estatal o d'una altra comunitat autònoma, cosa que l'art. 311-9.1 estableix sense cap mena de dubte però que la regulació posterior, tant del registre (315-1.b) com de la funció del protectorat (336-2.2b), omet en referir-se únicament a delegacions de les fundacions estrangeres. A més, es produeix també una contradicció entre aquests articles pel

que fa a l'obligatorietat d'establir la delegació, i la seva inscripció com a conseqüència, ja que mentre que l'art. 311-9 ho exigeix per les fundacions que amb caràcter *regular* exerceixin activitats a Catalunya, l'art. 315-1.2.b ho limita al cas que hi exerceixin *majoritàriament* les seves activitats.

En segon lloc, l'art. 336-2.2 b recull la funció de "*portar el registre*", la qual, a més d'incloure la resolució de les sol·licituds d'inscripció esmentades a l'apartat anterior, comporten, d'acord amb l'art. 315-1, les funcions de qualificació, inscripció i certificació, podent també comportar la de dipòsit de comptes i altres documents³³.

Les funcions d'assessorament les recull l'apartat c de l'art. 336-2.2 sota la fórmula "*assessorar les fundacions per al compliment de les finalitats fundacionals i els òrgans de govern per al compliment de llurs obligacions legals*", en el mateix sentit que ja estava recollit en l'art. 48.c LF 2001.

On trobem un major desenvolupament i alguna novetat rellevant és en el cas de les funcions de control o supervisió que incorporen la funció d'inspecció. Així, l'art. 336.2.d recull la funció de "*vetllar pel compliment de les disposicions legals i dels estatuts de les fundacions*", cosa que, d'acord amb el mateix apartat, es duu a terme mitjançant la verificació dels comptes anuals i l'exercici de la potestat d'inspecció.

El deure de presentació dels comptes anuals a càrrec del patronat apareix previst a l'art. 333-9. Els comptes anuals, regulats en els articles 333-7 a 333-12, inclouen (333-8) el balanç de situació, el compte de resultats, l'estat de canvis del patrimoni net, l'estat de fluxos d'efectiu i una memòria on, a banda de completar, ampliar i comentar la informació del balanç i del compte de resultats, s'han de detallar les actuacions dutes a terme en compliment de les finalitats fundacionals.

La novetat la trobem aquí en la reintroducció expressa d'una potestat d'inspecció que amplia la capacitat de control i d'intervenció del protectorat sobre les fundacions ja constituïdes. Aquesta potestat ha de ser desenvolupada per una llei del protectorat d'acord amb el mandat contingut a la Disposició Transitòria 4a però, fins a l'aprovació d'aquesta llei específica, el llibre III reproduceix en aquesta transitòria el text de la Llei de 1982.

La potestat d'inspecció havia aparegut ja en la llei de 1982, establint el seu art. 15.2 c que el protectorat podia, quan ho considerés necessari, i als efectes de comprovar el compliment de les finalitats fundacionals i de les obligacions establertes per la llei, practicar la inspecció dels llibres, dels documents i de les activitats de les fundacions; preveient a més el respecte a les prescripcions legals en cas d'haver d'entrar en els domicilis o els locals de les fundacions. La inspecció, en canvi, no apareix en la llei de 2001 que es limita en aquest punt (art. 48, repetint també parcialment l'art. 47) a vetllar pel compliment dels fins fundacionals (apartat d) i a verificar, mitjançant la presentació dels comptes, el compliment dels estatuts i de les obligacions establertes per la llei (apartat e).

³³ Cada persona jurídica disposa d'un full registral que és la base per a realitzar les inscripcions o anotacions de tots els extrems previstos per l'art. 315-2 i dels altres previstos pel mateix Codi o en altres lleis.

El llibre III ha afegit, però, un llistat obert de supòsits³⁴ en els que es considera que el protectorat té la legitimació, i el deure, d'iniciar una inspecció, el procediment de la qual queda també sense regulació a l'espera de l'esmentada Llei. Aquests supòsits són els casos en què es tenen indicis, per diferents causes, de la possible desviació de les activitats de la fundació de les seves finalitats.

Són els següents: a) no³⁵ presentar els comptes anuals durant, almenys, dos exercicis; b) fer operacions subjectes a autorització prèvia, sense haver-la demanada; c) no respondre, de manera reiterada, als requeriments del protectorat, o presentar una resposta el contingut de la qual sigui insuficient; d) mantenir una inactivitat continuada; e) no destinar el percentatge establert per llei per al compliment de les finalitats fundacionals; f) patir un deteriorament de la massa patrimonial que incapaciti la fundació per a complir les finalitats fundacionals; i, g) destinar recursos a despeses no relacionades amb l'objecte fundacional o desproporcionades respecte al volum d'ingressos.

El control es manifesta també per a les modificacions estructurals de la fundació i arriba també a exercir-se sobre la dissolució de la fundació. Així, es requereix l'aprovació per part del protectorat (art. 336-2.2.f) de la modificació d'estatuts -que pot comportar un canvi en les finalitats-, la fusió, l'escissió i la dissolució de les fundacions o dels seus fons especials.

Aquest apartat reproduïx i unifica les previsions que ja es contenen en la regulació de cadascun dels supòsits com ja hem vist anteriorment. Així, art. 334-5.2 per la modificació dels fons especials i 334-6.3 pel denominat acord d'extinció del fons especial; art. 335-1.2 per la modificació dels estatuts; art. 335-2.2 per la fusió; art. 335-3.2 per l'escissió; i art. 335-5.2 per la dissolució.

El control o la supervisió afecta naturalment també la gestió econòmica i, especialment, la realització d'actes dispositius que afectin al patrimoni de la fundació. El protectorat actua així, tal com estableix el mateix text legal, com a supervisor d'aquestes activitats econòmiques de les fundacions.

Des del punt de vista de protectorat, es preveu únicament en aquest cas l'autorització, prèvia i necessària, dels actes de disposició en qüestió, els quals trobem regulats en el règim econòmic de la fundació (art. 333-1), però s'omet la referència a la recepció de les comunicacions.

L'autorització prèvia es requereix d'acord amb l'art. 333-1.3, no pas per a qualsevol acte d'alienació o gravamen o disposició sobre béns, tal com tampoc estava previst en la llei

³⁴ Observis com es diu "*Són supòsits d'inspecció, entre d'altres:*", essent doncs perfectament ampliable per l'esmentada llei del protectorat.

³⁵ La "n" del "no" d'aquest apartat a) ha estat objecte de correcció d'errors (DOGC, núm. 5170, de 10.7, pàg. 53507) ja que, en la versió publicada al DOGC núm. 5123, de 2.5.2008, no hi apareixia.

anterior³⁶, sinó que només és necessària quan es pretenguin dur a terme actes de disposició, gravamen o administració extraordinària i sempre que, a més, es compleixi un dels següents supòsits: que els béns o drets objecte de disposició hagin estat adquirits amb diners provinents de subvencions públiques; que el donant així ho hagués exigít o bé que així ho estableixin els estatuts; o bé, en el cas que el producte de l'operació no es reinverteixi totalment en el patrimoni de la fundació.

En canvi, pels actes d'alienació, gravamen o qualsevol altre acte de disposició dels béns i drets que integren el patrimoni de la fundació és suficient, d'acord amb l'art. 333-1.1 en relació amb el 333-1.2, la comunicació al protectorat.

El protectorat haurà de tenir en compte els requisits fixats per la llei per a la realització d'aquests actes, actuant *a priori* en el cas de l'autorització i, *a posteriori*, en el cas de la comunicació, però sense que sembli tenir massa marge per a la no autorització si es compleixen els requisits i sense que quedi resolta la no comunicació dels actes ja realitzats³⁷.

El CC sí que resol, tot i que indirectament, la conseqüència de la realització d'actes que requereixen autorització sense haver-la demanada, cosa que s'hauria de poder aplicar també als casos ja no concebuts pel legislador de realització de l'acte malgrat la denegació de l'autorització, que constitueix, com hem vist, un supòsit d'inspecció, havent de ser doncs en aquest marc on es puguin prendre les mesures que es considerin adients, sense que, però, ara per ara, la llei pugui servir de guia en aquest punt³⁸.

El CC sí que resol el supòsit de la no resposta a la sol·licitud d'autorització per part del protectorat dins del termini del dos mesos (art. 333-1.4) en el sentit del silenci administratiu positiu. Així, si passats dos mesos des de la presentació de la sol·licitud el protectorat no ha dictat una resolució expressa, s'ha d'entendre l'autorització com a

³⁶ Es preveia expressament en l'art. 39 LF 2001. Tampoc existia amb caràcter general en la Llei de 1982 que, tot i tenir una configuració més restrictiva, preveia fins i tot (art. 4) que el protectorat pogués excepcionar les condicions per a l'alienació establertes pels fundadors o, fins i tot, el seu caràcter oneros, tot i que exigia autorització prèvia pel gravamen o consum de part de béns de la dotació.

³⁷ Tot i que els requisits de disposició a títol oneros i amb respecte a la voluntat del fundador o del donant del bé del que es pretengui disposar estan previstos a l'art. 333-1.1, semblen perfectament aplicables i donar els criteris al protectorat per a autoritzar els actes sotmesos a autorització. No obstant, ara caldrà tenir en compte més clarament, en existir una dotació mínima, la impossibilitat d'afectar-la per aquesta via. El CC ho té present, imposant en el mateix art. 333-1.1 el deure de reinvertir l'import total obtingut en l'adquisició d'altres béns i drets que ocupin el lloc dels alienats o gravats.

³⁸ No queda clar, però, quina ha de ser la conseqüència de la realització d'un acte sotmès a autorització prèvia en cas que aquesta no hagi estat sol·licitada o, eventualment, denegada expressament. El règim substantiu del negoci jurídic no sembla estar condicionat per la necessitat d'una autorització de caire administratiu, cosa que farà difícil poder instar la ineficàcia de l'acte un cop aquest ja s'hagi dut a terme.

concedida, excepte únicament en el cas que el protectorat hagi sol·licitat documentació relativa a la sol·licitud³⁹.

En aquesta matèria es pot produir un problema de conflicte entre dues normes vigents i contradictòries ja que, sorprenentment, el llibre III no ha derogat completament la LF 2001, sinó que ha salvat la vigència dels arts. 51 i 52. El conflicte es planteja en relació al termini que, d'acord amb l'art. 51 LF 2001, és de tres mesos i que ara, l'art. 333-1.4, ha fixat en dos mesos⁴⁰.

La Llei, però, no regula del tot unitàriament els actes relacionats amb la gestió econòmica pels que cal autorització prèvia, els quals es troben en previsions específiques que es fan en altres articles.

Així, per exemple, en els arts. 332-9.2, 332-10.2 o 333-4.1. L'art. 332-9.2 preveu el cas dels contractes de compravenda, arrendaments de béns immobles o mobles d'extraordinari valor, de préstec de diner o de prestació de serveis retribuïts realitzats entre la fundació i els patrons i persones especialment vinculades als patrons (segons llistat de l'art. 312-9 en relació al conflicte d'interessos). L'art. 332-10.2 sotmet a autorització prèvia, com hem destacat anteriorment, el contracte que articuli la relació laboral o professional entre un patró i la fundació, en els casos en què, d'acord amb l'art. 332-2, que insisteix també en l'autorització prèvia, això sigui possible. L'art. 333-4.1 la requereix per a la constitució o participació en societats per part de la fundació amb assumpció de responsabilitat personal. En aquesta darrera matèria, el llibre III sí que introdueix una modificació en el sentit de flexibilitzar, tal com es diu en el Preàmbul, la intervenció del protectorat. Així, pel que fa a l'adquisició o tinença d'accions o participacions socials que confereixin a la fundació, directament o indirectament, el control de societats que limitin la responsabilitat dels *associats* (sic), el llibre III (art. 333-4.2) ha modificat el règim anterior (art. 39.4 LF 2001), passant de l'autorització prèvia a la comunicació. Es preveu, a més (art. 332-1.h), que els actes que requereixen autorització o aprovació del protectorat quedin exclosos de la possibilitat de delegació per part del patronat. D'acord amb això, han de ser doncs sempre adoptats pel patronat com a òrgan de govern de la fundació, tot i que podria donar-se el cas que el fundador s'hagués reservat alguna potestat en aquest sentit.

L'art. 336-2.g) atorga legitimació al protectorat per a exercir l'acció de responsabilitat contra els patrons⁴¹ i, com a novetat, l'atorga també per a l'acció d'impugnació d'acords, decisions o actes contraris a la llei o als estatuts o que lesionin l'interès de la fundació⁴².

³⁹ En aquest cas, possiblement s'hauria d'obrir un nou període o establir expressament la suspensió del còmput del termini de dos mesos fins a la recepció de la documentació sol·licitada.

⁴⁰ L'art. 52 atorga la competència al conseller del Departament per a la resolució de les sol·licituds d'inscripció, fusió, escissió i extinció de la fundació, matèria que previsiblement pot formar part de la llei del protectorat anunciada pel llibre III, que també haurà de resoldre el conflicte apuntat, derogant ja totalment la LF 2001.

⁴¹ Legitimació ja prevista en l'art. 21.3 LF 2001 i en els arts. 12.3 i 15.2.d LF 1982.

⁴² La llei estatal ho estableix, amb una redacció més austera, a l'art. 35.2, i ja amb anterioritat, en art. 32.3: "(E)stá legitimado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación".

La responsabilitat dels patrons exercible mitjançant aquesta acció inclou (332-11) els danys que causin a la fundació per incompliment de la llei o dels estatuts o per actes o omissions negligents en l'exercici de les seves funcions, les quals han de ser exercides amb la diligència d'un bon administrador (art. 332-8). És, doncs, una acció de la fundació contra els patrons que li han causat danys i, en aquest sentit, és perfectament explicable que pugui ser utilitzada pel protectorat, per exemple, en defecte del patronat, tot i que no es fixa legalment cap ordre de prevalença o de subsidiarietat de l'acció. L'art. 332-11.6 i 7 inclou la responsabilitat de tots els membres del patronat (exceptuant els patrons dissidents o que no hagin participat en l'adopció ni en l'execució de l'acord) quan la responsabilitat no es pugui imputar a una o més persones determinades.

Finalment, l'apartat h) atribueix al protectorat funcions de suplència en relació a *“la manca d'actuació dels fundadors o dels executors de la voluntat fundacional i la manca d'actuació dels patrons o dels encarregats de liquidar la fundació, en els casos en què la llei estableix aquesta modalitat d'intervenció”*.

En relació a la constitució de la fundació, el protectorat té àmplies funcions de suplència (331-11) que li permeten, fins i tot, inscriure d'ofici la fundació. En el cas de la fundació creada per acte entre vius sembla, però, que la funció de suplència hauria de respectar una eventual voluntat del fundador de no tirar endavant el seu projecte o bé de demorar-lo. A més, sense un mecanisme que garanteixi que el protectorat rebi informació sobre les escriptures en les que es formalitzi una carta fundacional, el precepte pot quedar sense massa virtualitat pràctica.

En canvi, per a la constitució *mortis causa*, l'atribució queda potser més justificada, ja que la voluntat del fundador ha quedat plasmada en l'instrument corresponent, testament o codicil, i es pot haver de donar-li compliment en un sentit ple de fer complir la voluntat fundacional en defecte de l'actuació en aquest sentit de les persones designades per a fer-ho, les quals poden no atendre aquesta voluntat del causant. Sense entrar ara a valorar-ne els motius però tenint present que no hi estan obligats legalment, sembla aquí perfectament justificada l'atribució d'aquesta funció al protectorat (art. 331-3.3).

Es poden produir, però, dos problemes de diferent tipus. En primer lloc, l'articulació d'aquesta voluntat fundacional en una fundació que, fins que no existeixi com a tal, no té capacitat successòria, cosa que el Codi de Successions ja salva expressament (art. 10.2)⁴³.

En segon lloc, un problema més pràctic en relació a com pot arribar a tenir coneixement el protectorat d'aquesta voluntat fundacional, cosa que, malgrat que el Reglament notarial ja resol imposant als notaris el deure d'informar al protectorat sobre

⁴³ L'art. 412-2 del Codi civil (Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions; DOGC núm. 5175, de 17.7) es dedica ara específicament a la capacitat successòria de les persones jurídiques i la reconeix pel cas de *“les persones jurídiques que el causant ordeni crear en la seva disposició per causa de mort, si s'arriben a constituir”*. D'acord amb la seva disposició final quarta el llibre IV entra en vigor l'1 de gener de 2009.

l'existència d'aquesta mena de disposicions *mortis causa*⁴⁴, l'art. 331-11.3 ha previst també expressament:

“Els notaris, a fi de facilitar l'exercici de les funcions de suplència, han d'informar el protectorat de l'atorgament de cartes fundacionals que siguin conseqüència de disposicions testamentàries de constitució de fundacions per causa de mort, mitjançant la tramesa d'una còpia simple de l'escriptura pública”.

La funció de suplència atorgada al protectorat també es produeix quan la fundació ja existeix i funciona preveient alguns casos d'inactivitat del patronat relatius a la no adopció de l'acord de dissolució, el nomenament de patrons, la convocatòria del patronat, l'auditoria dels comptes i la modificació dels estatuts.

Així, el protectorat té la possibilitat d'instar la dissolució judicial de la fundació quan se'n produeixi una causa i el patronat no hagi pres el corresponent acord (335-5). I, d'acord amb l'art. 335-6, el protectorat actua subsidiàriament com a liquidador de la fundació que es dissol en defecte del patronat i dels liquidadors. D'acord amb l'art. 332-6, el protectorat pot completar el patronat fent els nomenaments necessaris en cas de manca de membres de patronat quan, havent estat ja requerit pel protectorat, no ho faci. Subsidiàriament, pot instar la dissolució de la fundació. Així mateix (art. 332-7.3), el protectorat pot convocar, però en aquest cas prèvia petició d'un dels patrons, la reunió del patronat en els casos en què és obligatori fer-ho (tal com es fixi en els estatuts o regles de funcionament i per sol·licitud d'una quarta part dels seus membres, tal com estableix el mateix art. 332-7) i el patronat no ho fa, tal com també es preveu en les disposicions generals (art. 312-4). D'acord amb l'art. 332-8.4, el protectorat, també a petició dels interessats, pot requerir a la fundació per a què faci una auditoria quan el patronat no hagi acordat de fer-la en el cas que hagi estat sol·licitada per una tercera part dels patrons, i tal com estableix el mateix article 332-8.4. D'altra banda, en relació a la modificació dels estatuts, que esdevé obligatòria pel patronat quan *“sobrevenen circumstàncies que impedeixin complir raonablement les finalitats fundacionals que estableixen els estatuts o si aquestes han esdevingut il·lícites o han quedat obsoletes”* (335-1.3), el protectorat pot acordar-la d'ofici o bé a instància de qui hi tingui un interès legítim en cas que la modificació no hagi estat duta a terme pel patronat, malgrat que no existeix un termini específic per a realitzar-la. En aquest cas es presenta l'alternativa davant de la impossibilitat de poder complir raonablement les finalitats fundacionals entre modificar la definició estatutària de les finalitats de la fundació o bé acordar la seva dissolució o altres mesures, com la fusió amb una altra fundació.

Finalment, pel que fa a les funcions, l'art. 336-2.2.i) fixa una clàusula residual de tancament, *“les altres que estableixi la llei”*, que tant serveix per a les funcions que recull el mateix Codi civil en altres articles, i que no es reproduïxen ja en aquest mateix, com per altres lleis que puguin fer referència al protectorat, deixant doncs oberta la possibilitat que l'anunciada llei del protectorat en pugui encara afegir alguna més.

⁴⁴ L'art. 99 del RD 45/2007, de 19 de gener, de modificació del Reglament notarial de 1944 (BOE núm. 25, de 29.1) dona una nova redacció a l'art. 179 del Reglament notarial que ha reformulat el deure, ja existent anteriorment, dels notaris de fer arribar aquesta informació a l'administració corresponent, fent aparèixer ara expressament el protectorat com a destinatari d'aquesta informació la qual es facilita enviant còpia simple de la clàusula notarial *“als organismes administratius competents que exerceixen el protectorat”*.

6.2. La no presentació de comptes i la sol·licitud d'intervenció judicial

En darrer lloc, el llibre III ha reordenat, i col·locat en seu de protectorat, les conseqüències de l'incompliment del deure de presentació de comptes (art. 336-3) i la sol·licitud d'intervenció judicial (art. 336-4)⁴⁵.

Pel que fa a l'incompliment del deure de presentació de comptes (deure a càrrec del patronat previst a l'art. 333-9), es legitima al protectorat per a prendre les mesures establertes per la llei i també per a demanar la intervenció judicial de la fundació. La regulació ens torna a remetre a algun altre precepte, o fins i tot a la futura llei del protectorat, ja que no fixa quines són aquestes "*mesures establertes per la llei*" entre les quals podem destacar l'inici d'un procediment d'inspecció, sempre que l'incompliment s'hagi reiterat en dos exercicis (Disp. Add. 4a).

A més, tot i no introduir-se com a supòsit específic en l'article següent que regula precisament la intervenció judicial, l'art. 336-3 ja preveu que aquest incompliment legitima el protectorat per a sol·licitar la intervenció judicial. Tot i que amb aquesta previsió es cerqui, sens dubte, un mecanisme que faciliti l'actuació del protectorat, no sembla del tot coordinat ja que, si considerem que la sol·licitud d'intervenció judicial és la darrera mesura a prendre i, sens dubte, la més extrema, sembla que, en primer lloc, la no presentació en un exercici la pugui ja determinar mentre que, per aquesta mateixa causa, el protectorat haurà d'esperar a què es repeteixi en un segon exercici per a poder iniciar una inspecció.

En segon lloc, la sol·licitud d'intervenció judicial per aquesta causa sembla que s'haurà de regir també pel previst a l'art. 336-4. Així, la no presentació de comptes sembla que hauria d'anar acompanyada o bé ser un indicatiu de les circumstàncies que l'art. 336-4.1 estableix com a supòsits en què el protectorat pot sol·licitar la intervenció judicial.

No obstant, la conseqüència immediata més directa de la no presentació de comptes per part de la fundació és la impossibilitat d'obtenir subvencions o ajuts de l'Administració de la Generalitat (art. 336-3.1). La mesura comporta, no obstant, la necessitat de coordinació dels Departaments de la Generalitat i la transmissió fluida d'aquesta informació, cosa que també hauria d'incloure, com a mínim, els ens locals de Catalunya⁴⁶ i idealment qualsevol altra administració.

La fundació que no presenta comptes té, a més, l'accés a la inscripció d'actes en el Registre fortament restringit i només hi tenen accés els actes esmentats per la llei, els quals tendeixen a buscar una sortida a la situació que pugui haver provocat la no presentació dels comptes, o bé per a fer-hi constar la seva liquidació i dissolució. Així, a

⁴⁵ En tots dos casos es reproduïx bàsicament el contingut dels arts. 31 i 26 LF 2001.

⁴⁶ En aquest sentit vegeu art. 2.3 EAC.

més de tenir-hi accés els assentaments ordenats judicialment, l'art. 336-3.2 preveu també els casos de cessament de patrons, revocació de delegacions de facultats, revocació o renúncia de poders, extinció de la fundació i nomenament de liquidadors.

Finalment, el protectorat, tot i el conjunt de mesures de les que disposa per a l'exercici de les seves funcions, també pot instar la intervenció judicial de la fundació. És certament una mesura excepcional que afecta de manera màxima un ens amb personalitat jurídica, reconegut constitucionalment (art. 34 CE) i que, per tant, gaudeix de garantia judicial. En aquest sentit, doncs, el protectorat, tot i que pugui obtenir per aquesta via el control total de la fundació, ja que si es decreta assumeix les funcions legals i estatutàries del patronat, només hi pot arribar per la via de la intervenció judicial.

El protectorat està legitimat per a sol·licitar-la⁴⁷, cosa que li dóna la possibilitat de fer-ho però sense que legalment hi estigui obligat. L'art. 336-4.1 fixa les causes legitimadores, que són una gestió greument irregular, una gestió que posi en perill la continuïtat de la fundació i la divergència greu entre les activitats que duu a terme la fundació i les seves finalitats fundacionals.

Les dificultats d'acreditació de l'existència d'aquestes circumstàncies per part del protectorat, que a més, després, han de ser admeses judicialment, poden quedar ara mitigades amb la reintroducció de la inspecció, les circumstàncies legitimadores de la qual, ja citades anteriorment, poden, sens dubte, ser indicis de les causes que permeten la sol·licitud de la intervenció, que hem d'entendre que són les mateixes que s'han de donar per tal que judicialment es decreti la intervenció. No obstant, la inspecció i la sol·licitud d'intervenció no venen predeterminades per cap ordre i queda, per tant, en mans del protectorat prendre una via o altra segons les circumstàncies que es produeixin en cada cas concret.

En aquest sentit, al marge de la no coordinació en el cas de la no presentació de comptes, sembla que totes les causes d'inspecció, deixant potser al marge la inactivitat continuada de la fundació, són supòsits en què, efectivament, podem trobar indicis d'una de les causes d'intervenció, sense que, no obstant, en siguin requisits.

Així, des dels mers indicis, com poden ser la no presentació de comptes, la realització d'operacions sense haver sol·licitat autorització prèvia o el no respondre reiteradament els requeriments d'informació del protectorat fins a supòsits en què s'apunta més clarament a una gestió irregular, com són els casos d'incompliment de la destinació del

⁴⁷ La redacció de l'art. 336-4 modifica la referència a la instància de part. Així, millora la referència anterior (art. 26 LF 2001) a la "*denúncia d'un patró o més d'un*" que passa ara a "*a instància de qualsevol membre del patronat*" evitant, doncs, un ús equívoc del terme denúncia. D'altra banda, amplia la referència a terceres persones i, tot i que pot desdibuixar-la, ja no es refereix expressament a "*les persones destinatàries de l'activitat feta en compliment dels fins fundacionals*", és a dir, els beneficiaris, sinó que ara es limita a referir-se a "*qualsevol persona amb un interès legítim*" entre les que, sens dubte, s'hi poden entendre inclosos els beneficiaris.

percentatge legal per al compliment de les finalitats fundacionals⁴⁸, el deteriorament de la massa patrimonial que incapaciti la fundació per a complir les finalitats fundacionals, i la destinació de recursos a despeses no relacionades amb l'objecte fundacional o desproporcionades respecte del volum d'ingressos. En produir-se aquestes circumstàncies, serà la seva gravetat la que determini la intervenció judicial tal com l'art. 336-4.1 ho estableix en referir-se a la gestió *greument* irregular (apartat a), una divergència *greu* (apartat c) o un *perill* per a la continuïtat de la fundació (apartat b), cas aquest darrer que sembla evident quan s'acrediti el deteriorament de la massa patrimonial que incapaciti la fundació per a complir les seves finalitats.

Tot i no existir un ordre successiu fixat legalment entre inspecció i sol·licitud d'intervenció, ja que poden donar-se circumstàncies en les que no calgui practicar una inspecció, el CC sí que preveu que, essent la intervenció una mesura extrema, el protectorat no la pugui sol·licitar sense abans haver requerit al patronat per a què adopti les mesures pertinents per a poder complir la normativa corresponent i respectar la voluntat fundacional, tal com indica l'art. 336-4.2.

Finalment, s'ha introduït un nou apartat en l'article dedicat a la intervenció judicial (art. 336-4.4) d'acord amb el qual el protectorat pot instar també la dissolució judicial de la fundació, sempre que es produeixi "*qualsevol de les causes que estableix aquest codi*", les quals estan fixades a l'art. 335-4.

No obstant, la legitimació del protectorat per instar la dissolució judicial de la fundació ja està prevista amb caràcter general per l'art. 335-5.3, cosa que pot comportar algun problema de coordinació, ja que s'hi fixa com a requisit el requeriment previ del protectorat al patronat per tal que adopti l'acord de dissolució i, en cas que el patronat desatengui el requeriment, tot i que el Codi tampoc hi fixa un termini específic, aleshores el protectorat queda legitimat per a instar la dissolució judicial. En canvi, l'art. 336-4.4 omet la necessitat d'aquest requeriment, el qual només es podria entendre produït en el marc del requeriment de les mesures previstes a l'art. 336-4.2. Una interpretació sistemàtica ens permet pensar que sempre que s'hagi produït la intervenció judicial el protectorat pot instar judicialment la dissolució sense aleshores necessitat del requeriment previ al patronat. Així, un cop la intervenció ha estat decretada judicialment i el protectorat té les funcions de patronat, pot aleshores instar la dissolució, sempre que, òbviament, se n'hagi produït una de les causes establertes legalment, cas en què aleshores es garantiria judicialment la dissolució de la fundació acordada pel protectorat en funcions de patronat⁴⁹.

⁴⁸ Fixat en almenys el 70% de les rendes i altres ingressos nets anuals (art. 333-2.1).

⁴⁹ Tot i que es pot considerar una mesura excessivament garantista pel conjunt de les causes de dissolució es pot entendre especialment l'existència del control pel cas de l'apreciació que faci el protectorat sobre la impossibilitat d'assolir la finalitat o sobre el seu compliment íntegre.