

La posición procesal del protectorado de las fundaciones

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se examina la capacidad y legitimación del protectorado de las fundaciones, en su calidad de órgano de control, para el ejercicio de distintas acciones a la luz de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

1. Las fundaciones tienen personalidad jurídica (art. 4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones —LF—) y, por ello, tienen atribuida la capacidad de obrar (y, en consecuencia, capacidad procesal) *ex lege* (cfr. art. 38 CC) para defender en juicio sus derechos sin que ésta se vea afectada por causas limitativas previstas en la ley, aunque, por definición, han de comparecer y actuar en juicio por medio de la persona que ejerza su representación legal (la llamada *representación necesaria*: art. 7.4 LEC), que en el caso es el patronato (art. 14 LF).

La Ley de Fundaciones no atribuye esta representación al protectorado de la fundación, que tiene como misión velar «por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones» (art. 34 LF); en ninguna de las funciones que le están atribuidas en el artículo siguiente (art. 35 LF) está prevista directa o indirectamente esta representación, sin perjuicio de que —como más adelante diré— algunas de ellas puedan fundamentar su intervención en el proceso promovido por o contra la fundación o su actuación (procesal) posterior contra actuaciones por ella desarrolladas. Y tampoco le confiere, por medio de los expedientes de la asistencia o la autorización previa, la misión de integrar una capacidad (de la fundación) que estuviera limitada por la ley sustantiva. En consecuencia, el

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

protectorado (el órgano que ejerce la protección) no puede demandar o ser demandado, como representante de la fundación, en los procesos incoados por o frente a ella.

Téngase en cuenta que las funciones encomendadas al protectorado de la fundación de que se trate deben ser interpretadas de acuerdo con el primero de los objetivos perseguidos por la ley —resaltado en su exposición de motivos (II)—, que es «reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones».

Se exceptuarán los supuestos en los que, conforme a lo previsto en el artículo 5.1g, el protectorado ejerza provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo. Y también cuando el acuerdo de la fundación requiera la ratificación del protectorado, por ejemplo, cuando concurren las causas de extinción del artículo 31, párrafos b, c y e, en relación con el artículo 32 de la Ley de Fundaciones. En estos casos, el protectorado, o bien actúa ejerciendo la función del órgano de la fundación, o bien completa su capacidad, limitada con la exigencia de la ratificación.

2. A diferencia de la capacidad, que es un presupuesto genérico que debe concurrir en las partes y común a cualquier tipo de pretensión de tutela jurídica que se ejerza, la legitimación hace siempre referencia a una determinada relación del sujeto con la situación jurídica sustancial (derecho o interés) que se deduce en juicio y es objeto de la petición de tutela. Esta relación se concreta la mayoría de las veces en su titularidad (supuestos de legitimación ordinaria), pero, en otras ocasiones, el ordenamiento jurídico, en atención a un interés que considera prevalente y digno de protección, legitima a un sujeto para deducir en juicio, en nombre propio, un derecho del que no es titular, con lo que se produce entonces una disociación entre la titularidad de la situación jurídica sustancial y la titularidad del derecho a hacerla valer en el proceso (supuestos de legitimación extraordinaria).

Cabe preguntarse si el protectorado de las fundaciones está legitimado (y, por lo tanto, puede actuar en nombre propio, no como representante) como demandante o demandado en los procesos que tienen por objeto la defensa de los derechos o los intereses de la fundación, y la respuesta debe ser negativa, por lo menos con carácter general (más adelante lo preciso), porque ni es titular de la relación jurídica deducida en el proceso (lo es la fundación) ni está prevista en la Ley de Fundaciones (ni en ninguna otra ley) su legitimación extraordinaria para ejercer en el proceso los derechos que a ella (a la fundación) le competen; no se olvide que los supuestos de legitimación extraordinaria deben tener cobertura legal y deben ser de interpretación estricta.

En consecuencia, no es preciso que el protectorado sea demandado en los procesos seguidos contra la fundación; no existe un litisconsorcio necesario porque no se da el supuesto requerido por el artículo 12.2 para que aquél sea exigible, a saber, que, «por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados». Como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril

del 2011 (RJ 2011\3597), «la característica del litisconsorcio pasivo necesario, que provoca la extensión de la cosa juzgada, es que se trate de la misma relación jurídico- material sobre la que se produce la declaración...». Y, como hemos dicho, el protectorado en ningún caso es cotitular (con la fundación) de esa relación jurídico-material.

Y, por la misma razón, tampoco se precisa su intervención como demandante en los procesos promovidos por la fundación frente a terceros. Aparte de que, como ha recordado la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre del 2017 (JUR 2017\295045), la jurisprudencia ha rechazado de manera insistente la figura del litisconsorcio activo necesario: «la figura doctrinal del litisconsorcio activo necesario —dice— no está prevista en la ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario». Y la razón es clara: «... como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traduciría en una falta de legitimación activa» —o en una legitimación incompleta (vide la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre del 2007 (RJ 2007\8903)—, por lo que, con palabras del mismo tribunal en su Sentencia de 11 de mayo del 2000 (RJ 2000\3109), la cuestión debería abordarse no desde el litisconsorcio necesario, sino desde la doctrina sobre la legitimación activa.

3. Cuestión diferente es si puede el protectorado intervenir en los procesos promovidos por o contra la fundación al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Ciertamente, este precepto requiere que el solicitante esté legitimado por reunir la cualidad de tercero interesado y la jurisprudencia ha dicho que este concepto (el de interesado) no puede utilizarse de forma expansiva para justificar la intervención en el procedimiento de cualquiera que lo solicite con sólo acudir a su legítimo interés, sino que ese interés debe interpretarse como un interés cualificado, referido al que ese tercero pueda tener en el resultado del pleito, es decir, un interés jurídico, directo y legítimo; y por ello el mencionado artículo 13 debe ser interpretado en sentido riguroso. Pero, en mi opinión, no cabe duda de que en algunas de las funciones que el artículo 5 de la Ley de Fundaciones atribuye al protectorado podemos apreciar fundamento suficiente como para justificar esta intervención, por ejemplo, en las previstas en los apartados e (velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general), f (verificar si los recursos económicos de la fundación se han aplicado a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del patronato la información que a tal efecto resulte necesaria previo informe pericial realizado en las condiciones que reglamentariamente se determinen) o h (designar nuevos patronos de las fundaciones en periodo de constitución cuando los designados en un principio no hubieran promovido su inscripción registral en los términos previstos en el artículo 13.2 de la presente ley).
4. Todo lo que se acaba de decir es aplicable a los casos de procesos incoados por o frente a la fundación. Consideración aparte merecen:
 - a) los casos, previstos en el artículo 5.2 de la Ley de Fundaciones, en que el protectorado está legitimado para ejercer la correspondiente acción de responsabilidad por los actos

relacionados en el artículo 17.2 (también en el 22), para instar el cese de los patronos en el supuesto contemplado en el párrafo *d* del artículo 18.2 y también para impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación;

- b) los casos referidos en el apartado II de la exposición de motivos cuando, después de decir que el objetivo de la Ley de Fundaciones es reducir la intervención de los poderes públicos, añade que, por eso, «se ha sustituido en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del protectorado, por la de simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado, con objeto de que pueda impugnarlo ante la instancia judicial competente, si lo considera contrario a derecho, y, eventualmente, ejercitar acciones legales contra los patronos responsables». Por ejemplo, la aprobación de las cuentas anuales (art. 25.7 LF); los casos en los que, conforme a lo previsto en el artículo 29, el patronato no acuerde la modificación de los estatutos (vide art. 29.3), o cuando el protectorado se oponga a la fusión por razones de legalidad o la fundación no acepte el requerimiento de fusión cuando resulte incapaz de alcanzar sus fines (art. 30). En tales casos no se reconoce legitimación para el ejercicio de las acciones que derivan del acto o negocio llevado a cabo por la fundación, pero sí una legitimación por sustitución para impugnarlo si entiende que es contrario a derecho.