

EL NUEVO REQUISITO LEGAL DE INCOACIÓN DE EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO PREVIO AL EJERCICIO DE ACCIÓN CIVIL PARA LA EXTINCIÓN DE FUNDACIONES

Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)¹

El incumplimiento por parte de una fundación de su objeto y finalidad, en definitiva, de la razón de ser de su constitución, junto con la falta de verificación de otras obligaciones legalmente dispuestas, conlleva a la apertura de los trámites para declararla jurídicamente extinguida.

La normativa de aplicación en este particular está constituida por la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; por las disposiciones vigentes de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid; por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones; y por el Real Decreto 935/1995, de 9 de junio, sobre traspaso del Estado a la Comunidad de Madrid de las competencias en materia de fundaciones.

Así, el artículo 31 de la referida Ley 50/2002, establece que “*la fundación se extinguirá:*

- a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida.*
- b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.*
- c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la presente Ley.*
- d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.*
- e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.*
- f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes”.*

A su vez, el artículo 32 de la norma antecitada dispone que:

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Departamento de Derecho Civil y Penal en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

“1. En el supuesto del párrafo a) del artículo anterior la fundación se extinguirá de pleno derecho.

2. En los supuestos contemplados en los párrafos b), c) y e) del artículo anterior, la extinción de la fundación requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato, o éste no fuese ratificado por el Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos.

3. En el supuesto del párrafo f) del artículo anterior se requerirá resolución judicial motivada.

4. El acuerdo de extinción o, en su caso, la resolución judicial, se inscribirán en el correspondiente Registro de Fundaciones”.

Por lo tanto, en el caso de que el Patronato de la fundación incurra en causa de extinción no acuerde la misma –situación frecuente ante la inexistencia de patronos o falta de respuesta por su parte- o si el Protectorado no ratifica dicho acuerdo, resulta preceptiva la incoación de un procedimiento judicial civil que tenga por objeto la declaración de dicha extinción en virtud de sentencia.

Con carácter general, en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid, son las correspondientes Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías cuya materia específica tenga relación con el objeto y finalidad de las fundaciones a extinguir quienes ostentan, por desconcentración, conforme al artículo 28.4 de la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, el Protectorado sobre ellas, ejerciendo de este modo las funciones de control, supervisión, y en su caso, impulso de la extinción de las fundaciones.

Por ello, una vez que el Protectorado verificaba la concurrencia de las causas de extinción previstas en la ley y el Patronato no procedía a acordar *per se* dicha extinción, a aquél le correspondía solicitar entonces el ejercicio de la acción civil, mediante la

petición de informe previo de ejercicio de acciones a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, de conformidad con el artículo 7.2 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, y siendo este evacuado favorablemente, remitir la correspondiente resolución de la Secretaría General Técnica, actuando por desconcentración de la competencia del Consejero, encomendando a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid la interposición de la demanda de juicio ordinario para la extinción de la fundación.

Sin embargo, ha existido una innovación legislativa reciente que ha añadido un requisito preceptivo y previo a la emisión de la resolución para el ejercicio de la acción civil ante los tribunales, suponiendo, de este modo, una pérdida de celeridad en la tramitación administrativa del expediente tendente a la obtención de la resolución encomendando el ejercicio de la acción y, por ende, también una mayor dilación temporal en la notificación de la sentencia que así lo acuerde.

Dicho requisito legal consiste en la incoación por el órgano administrativo competente (esto es, por aquél que ejercita las funciones de Protectorado) de un nuevo expediente administrativo por el que, antes de resolver interponer una demanda, se intente en vía administrativa llegar a la extinción sin necesidad de acudir a la vía judicial, dando lugar a una genuina vuelta a la excepción procesal de agotamiento de la vía administrativa previa al ejercicio de la acción civil, toda vez que si la fundación demandada no se encuentra en rebeldía –circunstancia frecuente- y se aprecia que no se ha llevado a cabo por parte de la Administración la incoación de este expediente, puede invocar una excepción procesal sin duda prosperable, lo que, por lo tanto, conllevará a una adicional demora en la consecución de la sentencia y así de la debida extinción de la fundación incurso en causa legal de ello.

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, en su artículo 222, modifica la Ley

50/2002 para añadir a ésta el artículo 32 bis, sobre la «extinción judicial al instancia del Protectorado», de especial incidencia en los supuestos que nos ocupan, en los que es la Comunidad de Madrid, a través de sus órganos que ejercen las funciones propias del Protectorado, quien debe instar dicha extinción judicial. Y este nuevo precepto impone a la Administración la incoación de un procedimiento administrativo previo a interesar la interposición de la demanda en los siguientes términos:

“1. Con carácter previo a instar la extinción judicial de la fundación en los supuestos previstos en los párrafos b), c) y e) del artículo 31, el Protectorado tramitará el correspondiente procedimiento, en los términos previstos en este artículo.

2. Apreciada de oficio la concurrencia indiciaria de alguno de estos supuestos, el Protectorado dictará acuerdo de incoación del procedimiento y lo comunicará al Patronato, concediendo un plazo de diez días para formular alegaciones.

3. Formuladas las alegaciones o transcurrido el plazo para ello, podrá acordarse la apertura de un período de prueba a fin de realizar las comprobaciones necesarias para acreditar la concurrencia de la causa de extinción.

4. Instruido el procedimiento, se dictará propuesta de resolución, que será notificada al Patronato para que alegue cuanto considere conveniente en un plazo de 10 días.

5. Cumplimentado dicho trámite, y previo informe del órgano de asesoramiento jurídico del Protectorado, se dictará la resolución que proceda.

6. De apreciar la existencia de causa de extinción, el Protectorado comunicará al Patronato la necesidad de adoptar el acuerdo de extinción en el plazo que al efecto señale, que no podrá ser inferior a tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que el Patronato hubiera adoptado el acuerdo de extinción requerido, o ante su oposición expresa, el Protectorado acordará instar la extinción judicial de la fundación.

7. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al expediente será de nueve meses. Transcurrido el mismo sin que se haya notificado la resolución, se producirá la caducidad del procedimiento.

8. Lo dispuesto en el presente artículo, salvo lo establecido en el apartado 6, será también de aplicación a los casos en que, concurriendo el supuesto del párrafo f) del artículo 31, corresponda al Protectorado instar la extinción judicial”.

Así las cosas, la reforma legislativa impone a la Administración con funciones de Protectorado verificar el cumplimiento de un nuevo y adicional expediente administrativo en todos y cada uno de sus trámites (esto es: incoación, notificación, alegaciones, propuesta de resolución, informe del Servicio Jurídico de la Consejería correspondiente, resolución, y de nuevo comunicación al Patronato para que acuerde la extinción y, en el caso de no hacerlo en tres meses, entonces ya instar la extinción judicial). Sin duda, no puede considerarse una innovación legislativa que redunde en la eficiencia en la consecución de una respuesta judicial, pues añade más tiempo de previa tramitación administrativa, hasta fechas recientes inexistente, pero en la actualidad (desde el 30 de junio de 2023) ya de plena vigencia.

Ante esta circunstancia y requisito legal, por parte de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, con la voluntad de aplicar el principio de agilidad y eficiencia administrativa, se procede a evacuar el informe previo de ejercicio de acciones *ex* artículo 7.2 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, con carácter favorable, pero condicionado a la remisión, junto con la resolución encomendando el ejercicio de la acción, de justificación documental de la resolución del expediente administrativo previsto en el artículo 32 bis de la Ley 50/2002, en el supuesto de que el órgano gestor competente en materia de Protectorado de fundaciones solicite, de forma anticipada a la incoación del nuevo expediente administrativo, el informe previo al ejercicio de acciones jurisdiccionales, quedando ya favorablemente informada la solicitud del ejercicio de la acción y únicamente a la espera de la recepción conjunta de dos resoluciones: una, encomendando el ejercicio de la acción, y otra, aquella que haya puesto fin al nuevo expediente administrativo, siendo preceptiva la remisión a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de ambos documentos para proceder a la interposición válida y prosperable de la demanda.

Septiembre de 2023.