

Las fundaciones en Asturias

Alejandro Huergo Lora

Javier García Luengo

Profesores Titulares de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NOVEDADES LEGISLATIVAS: 1. *La Ley del Principado de Asturias 2/2010, de 12 de marzo, de integración del «Hospital del Oriente de Asturias Francisco Grande Covián» y de su personal en el Servicio de Salud del Principado de Asturias en régimen de gestión directa.* 2. *La Ley 3/2010, de 26 de marzo, del Principado de Asturias, de tercera modificación de la Ley 2/2000, de 23 de febrero, de Cajas de Ahorro.*—III. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES.—IV. JURISPRUDENCIA.

I. Introducción

El año transcurrido desde el cierre de la crónica publicada en el *Anuario de Derecho de Fundaciones 2009* no ha registrado grandes novedades en el régimen jurídico de las fundaciones en esta Comunidad Autónoma. Tal vez por ello, los cambios y sucesos de interés han sido indirectos y no pretendidos, como habrá ocasión de exponer.

Sigue sin aprobarse una Ley autonómica de fundaciones, de la que no existe ni siquiera un proyecto, por lo que se aplica únicamente la legislación estatal, tanto en aquellos aspectos en que tiene valor de legislación básica como en aquellos otros en que es meramente supletoria. Al parecer se han producido movimientos en el sector asociativo fundacional privado solicitando la elaboración de una Ley autonómica e incluso preparando borradores, pero no han dado lugar todavía a ningún anteproyecto de Ley o proposición de Ley de origen parlamentario.

Se mantienen, por inercia de la normativa estatal (que, sin embargo, ya ha abandonado este criterio para optar por el de la unificación registral), los tres registros de fundaciones, pese a las disfunciones que produce su convivencia, que han provocado que se haya pedido en informes internos que, en la normativa reglamentaria autonómica que finalmente se apruebe, se cree un registro único.

Por lo demás, es de destacar que la pujanza de la creación de fundaciones, que tiene, como se examinó en la contribución del año pasado, muchas razo-

nes que van más allá del impulso altruista en la persecución de objetivos de interés general, no ha venido acompañada por un incremento de los medios que la Administración dedica a su gestión. Aunque ahora están inscritas unas 150 fundaciones «activas», todo lo relativo a ellas sigue a cargo de un único funcionario (como cuando eran 20), que además se encarga del servicio de régimen jurídico de la Consejería con las tareas que ello conlleva (por ejemplo, elaboración de informes sobre los recursos administrativos que se interponen contra las resoluciones de la Consejería).

Todo ello suscita varias reflexiones desde el punto de vista organizativo, a partir de la constatación de que las fundaciones están sometidas a un control no muy distinto del que se aplica a las sociedades mercantiles en cuanto a la constancia registral de los principales actos de su vida jurídica. Mientras que la administración de las sociedades mercantiles está encomendada a funcionarios en régimen de arancel (registradores mercantiles), y se financia con los aranceles que abonan las propias sociedades cuyos actos se inscriben, de modo que la capacidad de trabajo de los registros puede acomodarse a la mayor o menor demanda por parte del sector privado, no ocurre lo mismo con las fundaciones, cuya administración no es rentable (entre otras cosas porque se establece expresamente la gratuidad de las inscripciones) y en la que, como vemos, la capacidad de gestión (manifestada en los recursos humanos dedicados a tramitar los asuntos de fundaciones) no evoluciona en proporción a la demanda. No están previstos expresamente plazos que vinculen a la Administración para resolver las solicitudes de inscripción, ni tampoco la aplicación del silencio administrativo positivo (que sí aparece, por ejemplo, en el art. 29.5 del Reglamento estatal aprobado por Real Decreto 1611/2007). Éste pudiera actuar como remedio de la lentitud de la Administración aunque de forma ficticia, puesto que una inscripción obtenida por silencio positivo, pero no efectiva, no sirve para que los terceros puedan tener conocimiento del acto sujeto a inscripción y no debería servir, tampoco, para cumplir la principal misión del registro, es decir, que lo inscrito perjudique a terceros. Parece evidente que no puede perjudicar a tercero un acto cuya inscripción es sólo presunta.

II. Novedades legislativas

1. *La Ley del Principado de Asturias 2/2010, de 12 de marzo, de integración del «Hospital del Oriente de Asturias Francisco Grande Covián» y de su personal en el Servicio de Salud del Principado de Asturias en régimen de gestión directa*

Las fundaciones se han convertido en algunos casos en una de las fórmulas a las que recurre la Administración para crear entes dotados de personalidad jurídica propia a través de los que pueda ejercer alguna de sus funciones o de prestar servicios que le están encomendados, sin ceñirse al régimen jurídico administrativo. Si todos los entes institucionales se ajustan al modelo general de la fundación, y no al de la corporación, en estos casos la Administración opta directamente por la creación de fundaciones en sentido estricto.

Se trata, como es sabido, de fundaciones «del sector público», sometidas por ello a normas de control —sobre todo contable— generales del sector público autonómico, pero no de fundaciones públicas o de Derecho público, puesto que su régimen jurídico es el general de la Ley de Fundaciones, mientras que el de las fundaciones públicas es un régimen establecido por Leyes administrativas (por ejemplo, los arts. 85-88 RSCL).

En materia sanitaria, desde 1996 se contempla expresamente la posibilidad de que las CCAA constituyan los centros hospitalarios como fundaciones públicas al objeto de dotarlos de una gestión independiente y no sometida enteramente al régimen jurídico administrativo, y ello al amparo de un conjunto normativo formado por la Ley 50/1998 (que, en su art. 111, concreta lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, y en la Ley 15/1997, de 25 de abril), y la legislación aprobada por las Comunidades Autónomas que han optado por esta técnica organizativa.

El Principado de Asturias, que no ha utilizado este modelo, sino que mantiene las fórmulas puramente públicas de gestión de la sanidad, constituyó en marzo de 1995, antes de la transferencia de las competencias sanitarias, y cuando colaboraba con el INSALUD en la prestación de la asistencia sanitaria, una fundación *stricto sensu*, es decir, una fundación privada (aunque perteneciente al sector público, en cuanto a su constitución concurrió la Administración autonómica con un 98,04% y el Ayuntamiento de Parres con el 1,96% restante) para la gestión de un hospital (el de Arriondas) construido por el Principado y cedido a la fundación para que ésta lo gestione y preste servicios sanitarios dentro de la sanidad pública. La naturaleza puramente instrumental de la cesión y de la propia fundación (Fundación del Hospital del Oriente de Asturias «Francisco Grande Covián») era transparente en sus mismos estatutos, que

preveían la cesión del hospital al Principado en caso de disolución de la fundación. La utilización de este esquema organizativo tiene sentido en la medida en que, no teniendo el centro ánimo de lucro, no habría sido lógico utilizar algún tipo de esquema societario mercantil (aun sin ignorar en este momento que la esencialidad del ánimo de lucro ha sido discutida en más de una ocasión, careciendo en todo caso de relevancia jurídica), pero desde luego no se cumple uno de los elementos básicos de la fundación, como lo es la independencia del ente creado (la fundación) respecto a su fundador (el Principado de Asturias), que en este caso permanece detrás, delante y debajo de la propia Fundación.

Se trata, en suma, de una fórmula que de alguna manera se adelantó a la de las fundaciones públicas sanitarias, aunque instrumentada a través de una fundación privada en sentido estricto. De este modo, un hospital de titularidad pública e integrado, a efectos de la prestación de servicios, en la red pública al 100%, se regía en otras materias como, por ejemplo, la de personal, por el Derecho privado.

El funcionamiento de este centro sanitario generó un estado de malestar no sólo en su personal (que no disfrutaba de una posición equiparable a la del personal estatutario, al estar ligado por un contrato laboral con una fundación privada), sino entre los usuarios, que, con razón o sin ella, identificaban el origen de cualquier deficiencia en la peculiar estructura organizativa del centro, no integrado en el Servicio de Salud del Principado de Asturias (SESPA). De ahí que desde hace años, y con el apoyo de una proposición no de Ley aprobada por la Junta General del Principado, se viniera buscando una solución que llevase a la integración del hospital en el SESPA.

La Ley finalmente aprobada el 12 de marzo de 2010, que sólo contó con el apoyo del PP (en la oposición) y de IU (socio minoritario del Gobierno), pero no del PSOE (socio principal del Gobierno y partido que dispone de mayoría relativa en la cámara), acuerda directamente «la integración del Hospital del Oriente de Asturias “Francisco Grande Covián” en el Servicio de Salud del Principado de Asturias en régimen de gestión directa». Se lleva a cabo, así, un proceso de «recentralización» inverso al de «descentralización funcional» expresamente previsto y autorizado por el artículo 1.1 de la Ley estatal 15/1997, apoyado en el presupuesto indiscutible de que, aunque la fundación rectora del hospital tenía —como todas— personalidad jurídica propia, pertenecía funcionalmente a la Administración autonómica y estaba sometida al poder de autoorganización de ésta.

Es claro que, si las Administraciones con competencias sanitarias pueden —como les permite expresamente la Ley 15/1997— «sacar» a los centros hos-

hospitalarios de su correspondiente servicio de salud como ente público, y dotarlos de personalidad jurídica propia de tipo fundacional, también ha de ser posible el proceso inverso.

La fórmula elegida (integración directa del hospital en el SESPA) es más sencilla y directa que otras barajadas, como la de convertir la fundación del hospital en una fundación pública que después pudiera integrarse en el propio SESPA. La situación del personal, que fue una de las cuestiones más debatidas, se resuelve dejándolo al margen del proceso de integración, a la vista de las diferencias que a todos los efectos —y, en particular, los requisitos de acceso— existen entre el personal estatutario y el de una fundación privada (aunque sea del sector público). Del mismo modo que la privatización de un ente público (véase el caso de Correos) o la «independización» de un centro hospitalario que se convierte en fundación pública sanitaria, se hace sin perjuicio de los derechos del personal que se integra, también aquí, y de acuerdo con la Disposición Adicional, «el personal (...) conservará a todo efecto legal el conjunto de sus derechos laborales activos y pasivos, categoría profesional y puesto de trabajo en el Hospital del oriente de Asturias “Francisco Grande Covián”», mientras que «el personal que en el futuro se incorpore al centro lo hará de conformidad con las disposiciones generales vigentes en materia de personal que resulten aplicables al personal del Servicio de Salud del Principado de Asturias».

2. *La Ley 3/2010, de 26 de marzo, del Principado de Asturias, de tercera modificación de la Ley 2/2000, de 23 de febrero, de Cajas de Ahorro*

Otra de esas modificaciones que afectan indirectamente a las fundaciones la encontramos en el proceso de cambio que en estos momentos rodea a las Cajas de Ahorros, que ha tenido en Asturias, como veremos, un impulso especial. En su sentencia 49/1988, relativa a la LORCA, el Tribunal Constitucional afirmó que «la transformación sufrida por las Cajas no permite considerarlas hoy como fundaciones en el sentido que la doctrina generalmente admitida, y con ella el artículo 34 de la constitución, da a este concepto. Si es propio de la fundación, como se ha dicho, la vinculación de una masa de bienes a unos fines establecidos por el fundador o fundadores resulta que, en la actualidad, en las cajas, sea cual sea su origen, ni la mayor parte de los recursos de que disponen proceden del fundador, sino que son recursos ajenos, ni los fines que hoy persiguen son principalmente benéficos o benéfico-sociales sino los propios de una entidad de crédito. No cabe, por tanto, aceptar la tesis de los recurrentes que identifiquen las cajas con fundaciones en el sentido del art. 34 de la constitución». También es cierto que el control administrativo sobre las cajas se rige por normas distintas de las referidas a las fundaciones (en Asturias,

la Ley 2/2000, de 23 de febrero, de Cajas de Ahorro), pero no es menos cierto que estos entes tienen un origen claramente fundacional y que muchos rasgos de las fundaciones son visibles en ellas, aunque por su importancia hayan sido dotadas de una regulación específica, y aunque la importancia de la actividad que ejercen como entidades de crédito haya asumido un protagonismo especial que ensombrece su naturaleza fundacional.

Lo cierto es que en estos momentos las necesidades de capitalización de las cajas y su atomización están llevando a que éstas —o, al menos, algunas de ellas— dejen de ser *entidades de crédito* (de naturaleza fundacional) para convertirse en fundaciones que son *accionistas* (no únicas, ni necesariamente mayoritarias) *de entidades de crédito* de naturaleza societaria. Ésta es la opción que parece triunfar, frente a la de las fusiones de cajas (única que contemplaba la legislación hasta hace pocos meses) y la de la creación de cajas de ahorros integradas por cajas que permanecen independientes (como es el caso de la propia CECA o Confederación Española de Cajas de Ahorros). Esta tendencia es la que se refleja en los llamados «sistemas institucionales de protección», regulados por el artículo 25 del Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, y con más claridad, en la reforma de la LORCA (Ley 31/1985, de 2 de agosto) introducida por el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio.

Todo este proceso de cambio tiene su punto de partida en la absorción de la intervenida Caja de Castilla-La Mancha por Cajastur, que fue autorizada por el Banco de España y se llevó a efecto, sin ningún tipo de cobertura normativa (que vino después), a través de un procedimiento entonces inédito como es la cesión por la CCM de todo su negocio bancario, de su «alma» de entidad de crédito, a una sociedad anónima (Banco Liberta), a cambio del 25% de las acciones de ésta, correspondiendo el 75% restante a Cajastur. De este modo, CCM dejó de ser lo que teóricamente son las cajas de ahorro —entidades de crédito, de naturaleza fundacional— para convertirse en una fundación, sí, pero que ya no es una entidad de crédito sino únicamente un *accionista* de una entidad de crédito. Con esta operación se recorre en un solo paso el camino que en Italia llevó, previa la aprobación de una Ley, a la «privatización» de las cajas de ahorro, que consistió, como en el caso de CCM, en la separación entre la fundación y el negocio bancario, que facilita la fusión de éste en entidades mayores, incluso de capital privado en sentido estricto (bancos) ¹.

¹ Sobre este proceso, ver el artículo publicado por uno de nosotros en la prensa regional: A. HUERGO, «Cajastur-CCM: la primera privatización de una caja de ahorros» (*La Nueva España*, 15 de noviembre de 2009, <http://www.lne.es/opinion/2009/11/15/cajastur-ccm-primera-privatizacion-caja-ahorros/834470.html>).

De forma comprensible, este proceso de absorción, que para Cajastur es menos que una fusión y para la CCM es mucho más, ha requerido cambios normativos mucho más intensos en la legislación castellano-manchega que en la asturiana.

En Asturias, la citada Ley 2/2000, de Cajas, ha sido recientemente modificada por la Ley 3/2010, de 26 de marzo, en aspectos menores para tener en cuenta que ahora la gestión de la caja incluirá también la de una entidad privada (Banco Liberta). Así, se modifica el artículo 15, que regula las incompatibilidades de los miembros de los órganos de gobierno de las cajas de ahorros con sede en Asturias (es decir, de Cajastur). Éste prohibía a los Presidentes, Consejeros, Administradores, Directores, Gerentes, Asesores o asimilados, participar en la gestión de otros entes de crédito (por la razón obvia de que serían competidores de Cajastur), pero ahora se añade una salvedad importante y es que dicha incompatibilidad no se producirá *«cuando esos cargos se desempeñen en representación de las Cajas de Ahorro o por designación de las mismas»*. La otra modificación ha sido introducida en el artículo 17. Este artículo establece una prohibición de contratar con la Caja, en un período de dos años, para quienes hayan ostentado la condición de miembro de un órgano de gobierno, y ahora se matiza en el sentido de que ya no se prohíbe contratar con sociedades en las que la caja tenga una participación superior al 20% (pensando, obviamente, en Banco Liberta).

En el caso de Castilla-La Mancha, la Ley autonómica 3/2010, de 13 de mayo, modifica la Ley de Cajas de esa comunidad (Ley 4/1997, de 10 de julio) de manera mucho más importante, añadiendo un artículo 9 *bis* cuyo apartado 1 deja bien clara la naturaleza de la operación: *«Las cajas de ahorro podrán acordar asimismo su renuncia a la condición de entidad de crédito y su dedicación exclusiva a los fines propios de su naturaleza fundacional en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha, previa la segregación y traspaso de todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última»*. Nótese que ni siquiera se exige que la entidad de crédito adquirente del patrimonio afecto a la actividad financiera sea otra caja de ahorros.

III. Práctica administrativa de los registros de fundaciones

Desde el 1 de julio de 2009 hasta el 1 de julio de 2010 la práctica de los registros de fundaciones del Principado de Asturias que da idea de la vitalidad de este sector en la Comunidad Autónoma ha sido la siguiente:

En el registro de fundaciones docentes y culturales de interés general del Principado de Asturias se ha ordenado la inscripción de las siguientes fundaciones:

- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 1 de octubre de 2009, la Fundación CTIC-Sociedad de la Información, clasificada como cultural.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 16 de noviembre de 2009, la Fundación «Fernández-Vega», clasificada como docente.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 22 de diciembre de 2009, la Fundación Asturiana de Estudios Políticos, clasificada como docente.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 12 de marzo de 2010, la Fundación Valdés Salas, clasificada como docente.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 28 de mayo de 2010, la Fundación de Amigos del Perro, clasificada como cultural.
- Por resolución de la Consejería de Cultura y Turismo de 1 de junio de 2010, la Fundación TS'UH KÚH, clasificada como cultural.

En el registro de fundaciones asistenciales sólo se ha ordenado en este período la inscripción de una fundación:

- Por resolución de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda de 10 de julio de 2009, la Fundación Reintegra, clasificada como asistencial.

No se ha producido ninguna resolución ordenando la inscripción en el registro de fundaciones laborales durante el citado período.

IV. Jurisprudencia

Jurisdicción Civil

Utilización del nombre de una persona fallecida por una fundación, necesidad de consentimiento de los herederos del fallecido.

La Audiencia Provincial de Asturias, en su Sentencia número 64/2010, de 17 de febrero (Recurso de Apelación 381/2009), plantea, al estimar el recurso contra la Sentencia de 11 de mayo de 2009 del juzgado de Primera Instancia número dos de Oviedo, la interesante cuestión de bajo qué condiciones puede revocarse la autorización a utilizar el nombre de una persona fallecida para las actividades de una determinada fundación —en el caso, la Fundación Horacio Fernández Inganzo—. La sentencia desarrolla al respecto, *obiter dicta*, las siguientes reflexiones: en primer lugar, dado que, el derecho al nombre forma parte del contenido del derecho a la propia imagen —como ha determinado el Tribunal Constitucional en la STC 117/1994—, si la persona vive y ha

dado su consentimiento el mismo es revocable en cualquier momento si bien procederá, en su caso, la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios —de conformidad con las reglas establecidas en el art. 2.3 de la Ley Orgánica 1/1982—. En el caso de que se trate del nombre de una persona fallecida cabe defender, según la opinión de la que se hace eco el Tribunal, que la imagen puede ser cedida por sus herederos con el plazo de duración de setenta años establecido en el artículo 26 de la Ley de Propiedad Intelectual que cabe aplicar por analogía, si bien se discute si cabe reconocer a dichos herederos una facultad de revocación de ese consentimiento. Esta última cuestión queda abierta en el caso concreto porque el Tribunal entiende que la persona que revocó el consentimiento no se encontraba debidamente apoderado al respecto y la persona titular por herencia del derecho tiene gravemente alteradas sus facultades cognoscitivas, con lo que no pudo determinarse si estaba o no de acuerdo con dicha revocación.

Jurisdicción Social

La utilización de datos obtenidos de la Tesorería General de la Seguridad Social por la Fundación Laboral de la Construcción para recaudar las cuotas debidas por las empresas del sector no vulnera los derechos de dichas entidades.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en su Sentencia de 6 de febrero de 2009, recurso de suplicación 2518/2008, ha entendido que la cesión de datos sobre los trabajadores de una empresa del sector por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social —TGSS— a la Fundación Laboral de la Construcción que ha permitido que esta fundación exija judicialmente a dicha sociedad el pago de las cuotas que deben abonarle todas las empresas del sector según el convenio colectivo vigente en el momento de autos no vulnera derecho fundamental alguno de la empresa en cuestión y, por consiguiente, no constituye una prueba ilícita.

En concreto, al parecer la TGSS cedió a la Fundación Laboral de la Construcción del Principado de Asturias datos sobre los trabajadores de una empresa del ramo por los que ésta no había aportado la cuota a la Fundación de acuerdo según convenio colectivo para el sostenimiento de la misma y el desarrollo de su labor. Ello motivó que la citada Fundación reclamase una importante cantidad a la sociedad que fue condenada en primera instancia a abonar dicha suma a la Fundación. Frente a dicha condena recurre en suplicación la sociedad alegando que los datos en los que se basa la reclamación habrían sido obtenidos vulnerando la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en consecuencia no podrían ser tenidos en cuenta por el Tribunal.

Esta argumentación es desechada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias al entender que aunque la cesión de datos se haya hecho sin el consentimiento de los trabajadores, la comunicación a la Fundación, prevista en el convenio colectivo, tampoco requería de dicho consentimiento y la Fundación ha dado a dichos datos precisamente el tratamiento que constituye el objeto de su actividad según el convenio colectivo en cuestión. Incluso, según la Sala, si la utilización de los datos fuese irregular la empresa no habría visto infringidos sus derechos fundamentales, ya que las personas físicas están exentas del ámbito tuitivo establecido tanto por la Ley Orgánica 15/1999, como por la normativa europea de la que trae causa.