

Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro ¹

Rafael de Lorenzo García

Secretario General del Consejo General de la ONCE

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad San Pablo-CEU de Madrid

Teresa Sanjurjo González

Directora General de la Fundación Príncipe de Asturias

SUMARIO: I. SOBRE LA NECESARIA REFORMA DE LA LEY 50/2002 DE FUNDACIONES.—II. EN TORNO AL DERECHO AUTONÓMICO SUSTANTIVO DE FUNDACIONES.—III. REFLEXIONES Y PROPUESTAS SOBRE LA FISCALIDAD DE LAS FUNDACIONES.—IV. EL HORIZONTE JURÍDICO DEL TERCER SECTOR Y DE LAS FUNDACIONES.—V. A PROPÓSITO DE LA NECESARIA ADOPCIÓN DEL ESTATUTO DE LA FUNDACIÓN EUROPEA.—VI. CAMBIOS SOCIALES Y ECONÓMICOS Y FUTURO DEL TERCER SECTOR.

A continuación queremos brindar una serie de reflexiones y propuestas que pretenden fijar el foco de atención, ya no en la descripción de la realidad presente, sino, por el contrario, en el futuro, en el horizonte que creemos divisar o atisbar que aguarda a las fundaciones y al Tercer Sector en su conjunto como operadores sociales de la sociedad civil organizada y su papel en los nuevos tiempos de encrucijada en los que nos estamos adentrando y, por tanto, su rol en las relaciones con el poder público y con los mercados. Lo hacemos desde un nuevo planteamiento de vertebración del Tercer Sector que le permita disponer de una estrategia, un programa común y una voz única para generar cohesión social y capacidad de interlocución transformadora del Estado Social desde un desarrollo pleno de los derechos sociales y del diálogo civil como instrumento de cooperación, corresponsabilidad y mejora de las condi-

¹ El presente trabajo se basa en el capítulo «Reflexiones finales y propuestas de futuro» que hemos publicado en el libro dirigido por nosotros mismos *Tratado de Fundaciones*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2010, pp. 1069 y ss. Ahora lo ofrecemos de nuevo con algunas modificaciones. En cualquier caso, agradecemos a la Editorial que nos haya posibilitado su publicación ahora en este *Anuario de Fundaciones*. Gran parte de estas reflexiones y propuestas, como indicamos en el texto, se deben a las aportaciones de los numerosos y cualificados coautores del libro, a los que una vez más hemos de agradecer y reconocer su magnífica labor.

ciones y factores que faciliten el acceso a una vida digna y al ejercicio efectivo de los derechos humanos y fundamentales.

Estas reflexiones y propuestas son en parte deudoras de las aportaciones de quienes participaron en la obra *Tratado de Fundaciones*², que hemos tenido la satisfacción de dirigir, y que no solo nos han servido de referencia para inspirar no pocas de nuestras reflexiones finales, sino que, además, hemos contado con formulaciones concretas de los propios autores que han contribuido certeramente a la construcción de las mismas.

I. Sobre la necesaria reforma de la Ley 50/2002 de Fundaciones

1.^a Las fundaciones desempeñan hoy un papel que era inimaginable hace unos años. Incluso podría afirmarse que se está produciendo una clara sobreutilización de la figura fundacional. El viejo concepto de fundación ha quedado desbordado por las circunstancias. Nada hay de malo en que el concepto se modernice, pero es difícil explicar que la Administración recurra a dicha institución para cumplir sus fines, o que entidades de naturaleza corporativa (asociaciones) se hayan transformado en fundaciones (entidades institucionales) sin alterar para nada ni sus fines ni su sustancia.

2.^a Uno de los problemas relevantes tiene que ver con las muy diversas vías de financiación externa que se le presentan a las fundaciones. Nada hay que objetar ante el hecho de que se facilite la creación de fundaciones (sobre todo desde el momento en que son cauce privilegiado de participación en el interés general), pero lo cierto es que en la actualidad se ha generalizado la existencia de fundaciones que dependen en exceso de la financiación externa, y más en concreto pública. Esa dependencia se compeadece mal con el cumplimiento de fines de interés general con vocación de permanencia en el tiempo y no es lo más adecuado para la independencia que deben tener las fundaciones en su actuación. La dependencia de financiación externa es mucho más evidente en las fundaciones de iniciativa pública.

3.^a Parece llegado, entonces, el momento de acometer una reforma de la Ley de Fundaciones³. Muchas son las cuestiones que deben abordarse. El concepto mismo de fundación, en el que el elemento patrimonial es importante, pero también, y siempre más, la idea de participación. La configuración del Protectorado, que debe superar de una vez por todas una regulación que

² Ob. cit. en nota anterior.

³ PIÑAR MAÑAS, «El estado actual del modelo constitucional de fundaciones: revisión crítica», *Tratado...*, ob. cit., pp. 82 y ss.

todavía hunde sus raíces en la vieja legislación de 1849 y 1899. Incluso la denominación debería superarse. Un Protectorado que debe unificarse y que cabría atribuir a una Agencia independiente que puede inspirarse en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Un Protectorado que actúe de acuerdo a criterios reglados y no discrecionales, y que en ningún caso coincida con el Patronato de las fundaciones.

4.^a Deberían regularse aspectos peculiares de fundaciones también peculiares. Las fundaciones que desarrollen actividades comerciales o empresariales, las fundaciones gerenciales, o, sobre todo, las fundaciones privadas de iniciativa pública. Debería revisarse seriamente la financiación de las fundaciones vinculadas a partidos políticos y debería esclarecerse el régimen de las fundaciones religiosas, sobre todo en la medida en que puedan disfrutar de un régimen fiscal favorable.

5.^a Hay que reforzar la concepción de la Fundación como organización más que patrimonio afecto. La propia definición contenida en el artículo 2.1 de la Ley 50/2002 facilita la atribución de un nuevo papel de las fundaciones en la sociedad civil, ya sea como ONG, operador de actividades económicas en el mercado, prestador de nuevos servicios, o fundador de nuevas preocupaciones sociales. El cambio de orientación facilita la modernización de la institución, a la par que exige un funcionamiento interno más flexible en el desarrollo de sus actividades.

Una de las consecuencias que se deriva de este cambio de orientación es la necesidad de introducir un procedimiento de gestión patrimonial más flexible, que debe ir acompañada de una reducción de la intervención del Protectorado en la actividad de gestión patrimonial de la fundación, justificando unas interpretaciones del órgano de control menos rigurosas en aspectos tales como la atribución a determinados elementos patrimoniales de carácter dotacional, más acordes con los términos literales del precepto (art. 12 de la Ley 50/2002).

6.^a En lo atinente a los criterios de valoración por el Protectorado de la suficiencia de la dotación fundacional y partiendo de la calificación del requisito de suficiencia de la dotación, al que se refiere el artículo 12.1 de la Ley 50/2002, como un concepto jurídico indeterminado, el Protectorado debe introducir los criterios en función de los cuales, en el ejercicio de la función recogida en el artículo 35.1.a) de la Ley, se pronuncia sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de formación. La concepción actual de las fundaciones permanentes, en cuanto organización, debe permitir tender a una progresiva independencia del acto consti-

tutivo del fundador, a la búsqueda de fuentes de financiación o mecenas particulares de los que obtener recursos suficientes para sufragar sus costes de funcionamiento.

Se ha de potenciar, incrementar, la relevancia del valor constitutivo de la inscripción de las fundaciones en el correspondiente Registro, en detrimento del mantenimiento de la fundación en fase de formación, período temporal que debe procurarse sea el más breve posible. Por consiguiente, debe agilizarse la inscripción de la fundación, que proporciona publicidad, seguridad y certeza para los terceros y, en general para la sociedad, pero sin merma del rigor del control *ex ante*, previo a la inscripción, que permita únicamente el acceso al Registro de aquellas Fundaciones que acrediten suficientemente, al menos, la realidad de la dotación, y justifiquen el indudable interés general de sus fines. En este punto hay que proceder con alto nivel de exigencia. Tal control llevado a cabo por el Registro Único de Fundaciones, de forma rigurosa, exhaustiva y previa, comportará menor necesidad de controles *ex post* por el Protectorado.

7.^a En cuanto a las reglas de composición y funcionamiento del Patronato⁴, la Ley reconoce y ha de reconocer una gran autonomía a la voluntad del fundador, pero realmente no puede olvidarse que es la escasa dotación patrimonial que exige la Ley a las fundaciones la que ha hecho que se debilite, en la práctica, la protección de la voluntad del fundador en la normativa. Si la voluntad fundacional tiene escasa trascendencia fuera de los estatutos, su trascendencia en ellos debe ponerse en relación con la dotación patrimonial. Así, es el propio Patronato quien en muchos casos, más allá de la voluntad del fundador, debe decidir sus propias normas de funcionamiento con suficiente autonomía. La adopción de una u otra fórmula requerirá en muchas ocasiones una labor de interpretación de la voluntad fundacional acorde con las circunstancias de cada fundación, poniendo en la balanza, también en lo que al órgano de gobierno de la fundación se refiere, la voluntad del fundador y el interés general al que la fundación ha de servir.

8.^a En cuanto al régimen de autorizaciones en relación con los actos de disposición patrimonial de la fundación, se subraya la necesidad de sustitución del sistema de autorización por el de comunicación. La sujeción a autorización previa del Protectorado de determinados actos de disposición de bienes y derechos del patrimonio fundacional —los que afecten a la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de fines fundacionales— causa im-

⁴ PEÑALOSA ESTEBAN y SANJURJO GONZÁLEZ, «Órgano de gobierno y relación con los poderes públicos», *Tratado...*, ob. cit., pp. 195 y ss.

portantes perjuicios a las fundaciones, al demorarse en muchos casos la autorización, dado que la Administración dispone de un plazo de tres meses para resolver. La sustitución del sistema de autorización por el de comunicación ya aparece reflejada en algunas leyes autonómicas, como en las de la Comunidad de Madrid o Galicia, entre otras. Todo ello bajo el régimen de responsabilidad de los patronos previsto en la propia Ley. En consonancia con lo anterior, cabría modificar el precepto que regula el régimen de autorizaciones, para adecuarlo a la nueva situación esbozada.

9.^a Sería conveniente ampliar el marco de actuación económica de las fundaciones a la participación en Uniones Temporales de Empresa y Agrupaciones de Interés Económico. Mención especial merecen las actividades económicas realizadas por las fundaciones directamente o a través de su participación en otras entidades.

La actual Ley de Fundaciones, al igual que han venido haciendo las distintas normas autonómicas, ha reconocido definitivamente a las fundaciones como un operador económico más, admitiendo tanto las fundaciones-empresa como las fundaciones con empresa, en este último caso, siempre y cuando quede limitada la responsabilidad, y en todos los casos ajustándose a las normas sobre competencia.

Sin embargo, para dotar de mayor dinamismo a las fundaciones y permitir que estas puedan colaborar con otras entidades nacionales, europeas o internacionales, debiera reconocerse la posibilidad de que pudieran constituir y participar tanto en Agrupaciones de Interés Económico —en ámbitos como el de la investigación— como en Uniones Temporales de Empresa —piénsese en la prestación de determinados servicios sociales— siempre y cuando la actividad de éstas esté relacionada con la finalidad fundacional y, en todo caso, no se responda personalmente de las deudas sociales.

10.^a En lo que se refiere a la adaptación de la nueva normativa contable a las entidades sin ánimo de lucro, las fundaciones se han visto afectadas por las reformas introducidas por el nuevo Plan General Contable, viéndose obligadas a aplicar éste y, en lo no previsto en el mismo, el Plan General de Contabilidad para las Entidades sin Fines Lucrativos (RD 776/1998, de 30 de abril). Este plan sectorial está parcialmente derogado y algunas de las lagunas que se producen como consecuencia de esta situación transitoria han sido integradas a través de consultas del ICAC (Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas). Se hace por tanto necesario que tras la aprobación de una nueva adaptación de las normas contables a las entidades sin ánimo de lucro, se proceda a la adecuación de la normativa sustantiva de fundaciones, tal y como se ha hecho en el ámbito mercantil. Parece adecuado, además, mantener un modelo de lle-

vanza simplificado de la contabilidad para las fundaciones de reducida dimensión y eliminar la obligación de presentar un plan de actuación, dada su escasa utilidad práctica.

11.^a Resultaría muy positiva la adecuación del sistema de destino de rentas e ingresos a la coyuntura económica. Por otro lado, se ha puesto de manifiesto que, en determinada coyuntura económica, el sistema de destino de rentas e ingresos previsto en la normativa puede resultar perjudicial para los intereses de la fundación. Por este motivo cabría que en la regulación actual del destino de rentas e ingresos se incluyera una mención mediante la cual se permitiera al Protectorado, apreciadas las circunstancias concurrentes, reducir provisionalmente el porcentaje de la renta neta que ha de destinarse al cumplimiento de los fines fundacionales (actualmente 70%) o ampliar el plazo de destino (actualmente de cuatro años más el de la obtención de la renta).

En caso de que se llevara a cabo la modificación planteada, sería necesario adecuar esta previsión a la norma fiscal, Ley 49/2002, a efectos de los requisitos para acceder al régimen fiscal especial.

12.^a Convendría establecer un sistema de autorización anual y comunicación para la contratación de patronos que no supere determinada cuantía. La contratación de los patronos con la fundación es admitida por la regulación actual, sin que se considere desvirtuada por este motivo la gratuidad del cargo, gratuidad que se consagra como principio general tanto por la Ley de Fundaciones como por la normativa fiscal. No obstante, dicha contratación se sujeta a la autorización previa del Protectorado, como forma de evitar la posible colisión de intereses del patrono y los de la fundación. Al igual que en el procedimiento de autorización previsto para determinados actos de disposición patrimonial, la respuesta de la Administración dilata en el tiempo la decisión última sobre la contratación del patrono o incluso provoca la no contratación de éste, aun siendo la solución idónea. En este sentido, debería mantenerse la autorización previa del Protectorado, pero incluyendo la posibilidad de que la autorización se extienda a un determinado período de tiempo, para aquellos supuestos en los que la actividad de la fundación así lo requiera, tal y como está previsto actualmente para la enajenación de valores cotizados que formen parte de la dotación (solicitud de autorización anual comunicando trimestralmente al Protectorado las enajenaciones efectuadas, pudiendo este revocar la autorización cuando aquellas fueran lesivas para la fundación, sin perjuicio de la eficacia de las operaciones ya realizadas). Esta práctica ya está de hecho siendo arbitrada por algunos Protectorados, admitiendo que se solicite la autorización indicando las condiciones de las contrataciones y comunicando posteriormente las que se hayan realizado.

A propósito de lo anterior, cabría excluir la autorización para aquellas contrataciones cuyo coste por patrono no sea significativo, sustituyéndose por una comunicación posterior.

Además, en pro de una mayor transparencia, debería incluirse en el artículo referido a la autocontratación, una mención expresa a la que se pueda producir entre la fundación y las sociedades en cuyo capital tenga una participación mayoritaria el patrono o una mayoría de los derechos de voto. Estos supuestos se sujetan generalmente en la actualidad a la autorización previa del Protectorado, pero sin que se encuentren debidamente reflejados en la actual normativa.

13.^a Han de articularse y fomentarse los mecanismos idóneos (bien la modificación o la fusión) para lograr que la fundación siga subsistiendo, antes de proceder a su extinción. Ahora bien, si se produjese la extinción y subsiguiente liquidación de la fundación, la cuestión nuclear y que más enjundia plantea es la del destino de los bienes y derechos resultantes de tal liquidación. Pues bien, se defiende el no retorno de los bienes y derechos fundacionales al fundador, sus causahabientes o cualesquiera otros destinos ajenos al interés general. Opción que coincide con la tomada por la Constitución (art. 34.1), el Código Civil (art. 35.1), la legislación fundacional (en especial, art. 33 de la Ley 50/2002), sin perjuicio de la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado (significativamente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de diciembre de 2008, y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de enero de 2008). Y criterio que se compadece perfectamente con la esencia de la persona jurídica tipo fundación. En definitiva, se respetaría el contenido esencial del Derecho de fundación (cfr. art. 53.1 CE) y, por consiguiente, la garantía del instituto.

14.^a Como ya hemos apuntado más atrás, se hace especialmente necesaria la existencia de un Protectorado único en el ámbito de la Administración General del Estado (que podría utilizar la vía de las Agencias independientes), dotado de suficientes medios y recursos humanos, cuya labor se circunscriba, tanto a la verificación de la rendición de cuentas de las fundaciones, como a aquellos aspectos de la vida de la fundación que resultan más trascendentes, tales como la modificación, la fusión o la extinción, reconociendo el papel medular del Patronato en la fundación y abandonando el sistema de control *ex ante*, por un sistema de control *ex post* de la actividad fundacional, reforzado con el régimen de responsabilidad de los patronos. En cualquier caso, este control no puede suponer la imposición de obligaciones, limitaciones o acciones discrecionales y ha de ser un control reglado.

Respecto de la intervención del Protectorado sobre la actividad de la Fundación y con el fin de facilitar la flexibilidad en la gestión de las fundaciones, y primando el papel de las fundaciones como instrumento de participación de la sociedad civil en la consecución de fines de interés general, el Protectorado debe reforzar su intervención con un mayor peso en el papel de apoyo y asesoramiento que en el de control y vigilancia.

15.^a Se hace necesaria la entrada en funcionamiento del Registro único de fundaciones de competencia estatal, regulado en el artículo 36 de la actual Ley de Fundaciones y que ya previó la Ley de 1994, de forma que pueda contarse con un cuerpo doctrinal, hasta ahora inexistente, que dote de mayor seguridad jurídica a la actividad fundacional y su relación con terceros.

En ese sentido, el retraso en la constitución del órgano previsto en el artículo 8 del Real Decreto 1611/2007, por el que se aprueba el Reglamento de Registro de Fundaciones de Competencia Estatal, facilita la diversidad de criterio entre las distintas fundaciones, como consecuencia de la adscripción de las fundaciones a distintos Protectorados. Se debe reforzar la utilidad de la función de consulta del artículo 10.1.g) del Reglamento que realizan estos órganos, arbitrando un sistema de publicidad de las resoluciones que dicten en el ejercicio de la función indicada, reservada inicialmente, como indica el precepto, a cuestiones de interés general. Sistema de publicidad no previsto inicialmente en la norma pero que, indudablemente, permitiría conocer con claridad el criterio mantenido por el órgano de control en situaciones análogas precedentes.

Tal vez se compadecería bien con la generalización del fenómeno fundacional en el ámbito de la Unión Europea la existencia de una sección especial en el Registro de fundaciones para la inscripción de las «de interés para Europa». Así las cosas, procede articular los mecanismos necesarios para favorecer la creación de fundaciones europeas, idóneas para incrementar la cooperación, y sin perjuicio de la exigencia de su válida constitución con arreglo a su ley personal y el mantenimiento de una delegación en España, que constituye su domicilio; sin obviar la disposición de un férreo control previo a su inscripción en el Registro de fundaciones, siempre que no obstaculice el fomento de dichas fundaciones que, sin duda, reclaman una nueva configuración *ad hoc* de *lege ferenda* que permita disponer de una adecuada y moderna ordenación normativa en el ámbito del Derecho comunitario, en el sentido que abordaremos con más detalle en la parte final de este listado de propuestas.

16.^a También la entrada en funcionamiento del Consejo Superior de Fundaciones resulta clave, no solo como órgano consultivo de la Administración en materia fundacional y de participación del sector, sino como órgano

de coordinación administrativa, absolutamente necesaria, a través principalmente de la Comisión de Información y Cooperación registral.

17.^a En el ámbito de las llamadas fundaciones del sector público se ha producido un incremento normativo que en muchos de los casos no ha tenido la necesaria coordinación con el resto de normativa, ni en la definición de las fundaciones de iniciativa pública ni en el alcance de las normas. Además, en muchas normas no se hace mención específica a las fundaciones del sector público y se emplean conceptos indeterminados como entidad pública, entidad de derecho público o ente público, que hacen que se presenten dudas sobre si la misma es aplicable a las fundaciones de iniciativa pública. Seguidamente formulamos algunas propuestas de mejora de futuro en esta materia ⁵:

Unificar el concepto de fundación del sector público en las distintas normativas, tanto en la legislación básica aplicable como en la de las Comunidades Autónomas, a los efectos de evitar algunas disparidades injustificadas.

Desvincular el concepto de fundación del sector público de la dotación inicial, en tanto que esta no debe ser determinante en la aplicación de un régimen jurídico inamovible.

Precisar el concepto de financiación con carácter de permanencia, en especial con relación a las subvenciones vinculadas a proyectos, de tal manera que fundaciones privadas no puedan verse inmersas en normas públicas.

Sistematizar el concepto de entidad pública o ente público en la totalidad del ordenamiento, a los efectos de identificar en qué normas pueden tener cabida las fundaciones del sector público y qué normas quedan excluidas. Especialmente importante es respecto de las Leyes de Presupuestos que en cada ejercicio se aprueban en las Comunidades Autónomas.

Modificar el artículo 3 de la Ley 49/2002, del régimen fiscal, a los efectos de que las fundaciones del sector público puedan cumplir con algunos requisitos que son incompatibles con su consideración como medio propio a los efectos de la Ley de Contratos del Sector Público.

Adecuar la normativa específica de las distintas Comunidades Autónomas y del Estado a la legislación básica existente. Por ejemplo, el artículo 46 de la Ley 50/2002 contiene preceptos para las fundaciones del sector público estatal que posteriormente han sido abordados por norma básica, con un texto distinto, y que deberían ser modificados. Es el caso de las ayudas públicas (regula-

⁵ Vid. BLÁZQUEZ LIDOY, «Fundaciones públicas: consideraciones generales sobre su régimen jurídico», *Tratado...*, ob. cit., pp. 329 y ss.

das por la Ley General de Subvenciones) o contratos (regulados por la Ley de Contratos del Sector Público).

En definitiva, sería aconsejable que el régimen jurídico de las fundaciones del sector público en los distintos ámbitos fuera lo más uniforme posible.

18.^a La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones se mueve en un sistema complejo y equívoco, dada la naturaleza particular de la fundación, objeto típico del Derecho civil pero altamente influido por otras parcelas del Derecho, especialmente el Derecho administrativo.

La competencia estatal para garantizar las condiciones básicas en el ejercicio del derecho a fundar llega a eclipsar al título material específico en materia de fundaciones proclamado hoy en todos los Estatutos de autonomía. Este amplio espacio competencial estatal, dedicado a garantizar que las fundaciones carezcan de ánimo de lucro y se vinculen al interés general, vacía en la práctica de contenido las competencias autonómicas, centradas en los aspectos administrativos de las fundaciones. De hecho, el título relativo al desarrollo del derecho civil especial solo resulta un techo competencial más alto para las Comunidades de Cataluña y Navarra.

Finalmente, la Ley estatal de fundaciones, aun reconociendo a las Comunidades Autónomas plenas facultades de carácter ejecutivo en materia de fundaciones, reserva al Estado algunas competencias ejecutivas en la materia. Semejante reserva estatal, siquiera limitada a las fundaciones de competencia estatal, se justifica difícilmente sobre la base del mero criterio de la supraterritorialidad de las actividades de las fundaciones.

II. En torno al Derecho autonómico sustantivo de Fundaciones ⁶

19.^a Al referimos a la normativa sustantiva reguladora de las fundaciones lo hacemos, por definición, a la norma fundamental, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. No obstante, no se puede perder de vista la actividad legislativa y normativa desarrollada por las Comunidades Autónomas, particularmente desde la aprobación de la Ley 50/2002, por ser este un fenómeno cada vez más relevante, teniendo en consideración que el número de fundaciones de ámbito autonómico que se constituyen ha crecido seguramente en mayor proporción que el de las fundaciones de ámbito estatal, sobre todo en sectores como el de la asistencia social o el educativo. Hasta el mo-

⁶ *Vid.* los diferentes trabajos sobre el régimen de las fundaciones en las Comunidades Autónomas en el *Tratado...*, ob. cit., pp. 375-733.

mento, son diez las Comunidades Autónomas que han aprobado su propia norma legal de fundaciones.

20.^a Una parte importante de las reformas de leyes autonómicas o desarrollos *ex novo* producidos con posterioridad a la entrada en vigor de la norma estatal de 2002 —como ocurrió con algunas de las normas autonómicas aprobadas con posterioridad a la del 94— se han limitado a incorporar aquellas cuestiones novedosas que la Ley 50/2002 introdujo respecto a la Ley 30/1994: entre otras, la sustitución de algunos procedimientos de autorización por los de comunicación, la flexibilización de algunas normas de funcionamiento del Patronato, como la posibilidad de delegación de voto de los patronos, o la figura del patrono gerente. Sin embargo, en muchos casos no han planteado soluciones innovadoras a algunos de los problemas que se han puesto de manifiesto, a pesar de que son muchas las materias que no tienen carácter básico y cuya regulación no está atribuida en exclusiva al Estado.

21.^a En otros casos, por el contrario, sin perjuicio de las soluciones adoptadas, ha sucedido que algunas normas autonómicas no han respetado el marco competencial reservado al Estado, bien por regular condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación (art. 149.1.1.^a de la CE), bien por su naturaleza procesal (art. 149.1.6.^a de la CE), bien por su naturaleza de derecho civil (art. 149.1.8.^a de la CE). De esta manera se ha producido lo que algunos autores han denominado una «invasión reguladora».

22.^a El análisis comparado de las diferentes legislaciones autonómicas debe centrarse en aquellos aspectos que definen la propia institución fundacional y perfilan los límites del derecho de fundación para fines de interés general: régimen de intervención administrativa y de supervisión del Protectorado respecto de la administración del patrimonio fundacional y respecto del funcionamiento de su órgano de gobierno, suficiencia de la dotación fundacional como elemento determinante de la existencia de la propia fundación, destino de los bienes en caso de extinción de la fundación, e incluso modificación, fusión y extinción de la fundación, aun existiendo una limitación competencial en estos últimos supuestos. Del análisis conjunto de estos elementos pueden seguramente extraerse conclusiones que sirvan para hacer propuestas de mejora de las distintas normas autonómicas y de la propia Ley 50/2002, o al menos pongan de manifiesto cuáles son los ejes sobre los que tradicionalmente bascula el legislador y sobre los que con toda seguridad habrá que volver en futuros desarrollos.

23.^a Por orden cronológico en la vida fundacional y por su trascendencia, uno de los aspectos que necesariamente ha de analizarse es el de la *suficien-*

cia de la dotación fundacional. Si el debate acerca de cuál es el valor en el que razonablemente ha de fijarse tal suficiencia parecía de nuevo cerrado tras la aprobación de la Ley 50/2002, al determinarse en 30.000 euros, tal debate fue reabierto a propósito de la promulgación del Libro III del Código Civil catalán, referido a las personas jurídicas, que elevó la cantidad para las fundaciones catalanas a 60.000 euros. Sin entrar en el debate de si ésta es o no una de las manifestaciones de la citada «invasión reguladora», vuelven a surgir preguntas como la de que, si la fundación ya no se define como un «patrimonio» afecto a fines de interés general sino como una «organización», en la que el elemento personal cobra relevancia, ha de permitirse entonces la constitución de fundaciones con una dotación inferior, que faciliten la viabilidad jurídica de proyectos de interés general que, aunque de inicio no cuenten con importantes recursos, sean capaces de generarlos posteriormente, sobre todo en los casos en los que no se den tampoco los elementos propios de la figura asociativa. Más allá del debate doctrinal, como evidencia Peñuelas i Reixach ⁷, esta exigencia endurece los requisitos de constitución de una fundación en el ámbito de la Comunidad Autónoma, lo cual, según nuestro parecer, podría suponer un desaliento para su constitución.

24.^a Pero además ha de advertirse el fenómeno por el cual, algunas legislaciones autonómicas desvirtúan la presunción de suficiencia de la dotación cuyo valor ascienda a 30.000 euros, exigiendo que además de dicha aportación, el fundador justifique la adecuación de la dotación a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, como sucede en el caso de Andalucía y del País Vasco.

25.^a Lo cierto es que la concepción patrimonialista de la fundación, a pesar de que pueda considerarse escaso el sustrato patrimonial con el que nuestra legislación permite constituir estas entidades, sobre todo si lo comparamos con otros ordenamientos de nuestro entorno, no ha sido superada realmente por ninguno de los ordenamientos autonómicos, lo que se pone de manifiesto al referirnos al *régimen de disposición de bienes y derechos del patrimonio fundacional*. Así, en casi todas las legislaciones autonómicas sigue predominando la intervención administrativa, exigiendo la previa autorización del Protectorado para la realización de actos de disposición que recaigan sobre ciertos bienes. Pues bien, todos los sistemas prestan en primer lugar atención a si los actos de disposición patrimonial recaen o no sobre la dotación fundacional o sobre los bienes y derechos de contenido patrimonial afectos sin carácter per-

⁷ «El derecho de fundaciones en Cataluña. Singularidades del régimen jurídico de las fundaciones de competencia catalana respecto al estatal», en DE LORENZO, PIÑAR y SANJURJO (dirs.), *Tratado de Fundaciones*, ob. cit., pp. 459 y ss.

manente a los fines fundacionales por una declaración expresa de voluntad, cuestión por otra parte no siempre fácil de determinar. En segundo lugar, el sistema de autorización o comunicación se refiere, bien a la naturaleza de los bienes —inmuebles, de patrimonio histórico, etc.— bien al importe del acto de disposición y lo que represente respecto al activo de la fundación. En los casos en los que se ha mantenido el sistema de autorización, dicho procedimiento se prevé para los primeros (los referidos a la dotación o masa patrimonial asimilada) mientras que para los segundos se prevé el procedimiento de comunicación.

26.^a Además, debe tenerse presente que las cautelas que la Ley 50/2002, de Fundaciones, impone sobre la administración patrimonial de éstas han perdido hoy buena parte de su fundamento en la mayoría de los casos, ya que cada vez está más extendido el modelo de fundación que no cuenta con un gran patrimonio que debe ser preservado, sino con unos ingresos que consume casi inmediatamente. De esta forma, las precauciones que el legislador impuso para salvaguardar la integridad patrimonial de las fundaciones se aplican sobre una realidad que ha cambiado sustancialmente y se erigen en un lastre administrativo que distrae recursos del cumplimiento de los fines de interés general por parte de la fundación y de la función de supervisión por parte de los Protectorados. En esta materia, las normas autonómicas, aun teniendo margen para ello, no han sido especialmente innovadoras.

27.^a Dicho esto, en cualquier caso, con el fin de reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones, parece deseable que se produjera la sustitución definitiva de los procedimientos de autorización previa del Protectorado por los de comunicación, como en la práctica ocurre en la Ley de Fundaciones de Interés Gallego (Ley 12/2006, de 1 de diciembre) —que lo ha previsto incluso para la contratación de patronos—, la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (Ley 1/1998, de 2 de marzo) o la Ley de Fundaciones del País Vasco (Ley 12/1994, de 17 de junio). La finalidad manifiesta de esta propuesta es la de agilizar la administración patrimonial de las fundaciones, pudiendo el Protectorado llevar a cabo las acciones legales procedentes en caso de perjuicio para la fundación o desviación de los recursos de la fundación a fines ajenos a la misma. Igualmente, sería deseable la simplificación de los supuestos sujetos a autorización o comunicación en su propia definición, supuesto del actual artículo 22 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana (Ley 8/1998, de 9 de diciembre) y, sobre todo, la simplificación de la tramitación administrativa. En este punto, muchas de las legislaciones autonómicas quizá debieran seguir en su desarrollo reglamentario el sistema adoptado por el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, que simplificó notablemente el sistema introducido por el desarrollo de la Ley del 94.

28.^a Debe llamarse además particularmente la atención sobre la necesidad de regular los efectos del silencio administrativo en sentido positivo, pues de lo contrario las consecuencias para las fundaciones podrían ser paralizadoras y claramente perjudiciales desde el punto de vista económico. Es por esto por lo que la Ley de Fundaciones de la Comunidad Valenciana ha de ser criticada en este punto, al prever, tras la reforma operada en el año 2008, que, transcurrido el plazo de resolución o el plazo de oposición del Protectorado, en el caso de la modificación, fusión o extinción, las solicitudes se entenderán desestimadas.

29.^a A esto ha de añadirse que, con carácter general, en otro aspecto como es el de la delegación de funciones del Patronato en algunos de sus patronos o en una comisión delegada formada por éstos, los actos indelegables se vinculan en los ordenamientos autonómicos con carácter general, siguiendo la Ley estatal, a actos de cierta trascendencia en la vida de la Fundación, como son los de modificación, fusión y extinción, y además a aquellos actos que requieran autorización o, en algunos casos, comunicación.

30.^a No obstante lo anterior y aun con las críticas que cabe hacer a alguna de las normas autonómicas por no haber avanzado en términos generales en una materia en la que tienen competencia, debe señalarse que el contrapeso a la eliminación del régimen de autorizaciones para la realización de actos de gestión patrimonial, o para la eliminación de otras autorizaciones, como la referida a la contratación de patronos, se encuentra en la mayor responsabilidad que, en ese caso, deben asumir los patronos. Sin embargo, lo cierto es que, aunque por sí misma la eliminación de las autorizaciones estuviera reforzando dicha responsabilidad, el régimen de *responsabilidad de los patronos* como tal, y el grado de diligencia con la que estos han de actuar, al constituir legislación civil, no deja margen de actuación a las Comunidades Autónomas, sino que ha de ser regulado por la norma del Estado. Solo el Libro III del Código Civil de Cataluña y la Ley de Fundaciones del País Vasco, aun extralimitando sus competencias según la tesis a la que nos atengamos en cuanto al reparto competencial, se refieren respectivamente a la diligencia de un «buen administrador» y a la obligación de los patronos de administrar el patrimonio fundacional «con los criterios económico-financieros de un buen gestor». En los demás casos, siguiendo la previsión del artículo 17.1 de la Ley 50/2002, las normas autonómicas señalan que la diligencia exigible a los patronos es la de un representante leal.

31.^a Relacionado con el régimen de administración patrimonial se encuentra el *régimen de destino de rentas e ingresos* de la fundación, que se traduce en la obligación, presente en todas las normas autonómicas y en la estatal, de

destinar las rentas que la fundación obtenga al cumplimiento de los fines fundacionales. Pues bien, tampoco aquí los avances, siendo ésta una materia que puede desarrollar el legislador autonómico, han sido significativos. Más allá de mejoras puramente técnicas, ninguna norma autonómica ha superado el reto de adaptar esta obligación a la coyuntura económica cuando, como se ha señalado en diversos estudios de la obra en que se basan estas reflexiones y propuestas⁸, se ha puesto de manifiesto que deben introducirse ciertas correcciones en él, puesto que puede resultar perjudicial para los intereses de la fundación y poner en riesgo su viabilidad y subsistencia, precisamente en fundaciones con un patrimonio suficiente cuyas rentas permitan a la fundación cumplir con sus fines fundacionales. En definitiva, aquellas fundaciones que se ajustan más al concepto patrimonial de fundación.

32.^a Por lo que se refiere a la modificación, fusión y extinción de la fundación, debe tenerse en cuenta que se trata de materias que, o bien constituyen legislación civil (modificación y fusión) o bien afectan a las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación (extinción) por lo que resultan de aplicación general, sin perjuicio en los dos primeros casos de la aplicabilidad del Derecho foral. Sin embargo, sí pueden regular las Comunidades Autónomas los procedimientos de modificación y fusión, procedimientos a través de los cuales se regula en la práctica, casi siempre a través del desarrollo reglamentario, la intervención que el Protectorado puede tener en estos procesos. Aquí hay que destacar la necesidad de que la intervención del Protectorado se ajuste a criterios de legalidad y no de oportunidad, lo que, en algunos casos, no queda del todo solventado. La Ley de Fundaciones de Castilla y León ha adoptado una solución que parece positiva al prever, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento estatal y en otros autonómicos, que la modificación estatutaria se eleve a documento público y entonces se comunique al Protectorado, señalando que este deberá considerar si la documentación aportada reúne o no los «requisitos formales y materiales», adoptando, en su caso, resolución motivada declarando la no adecuación de la modificación estatutaria a la normativa aplicable. No exige por tanto un procedimiento en el cual, previo a la elevación a público de los acuerdos, deba el Protectorado verificar la modificación estatutaria, lo que, en la práctica, convierte un procedimiento de mera comunicación en un procedimiento de autorización, en el cual la oposición se produce por motivos de oportunidad y no siempre respecto de aspectos esenciales que pudieran contravenir la voluntad fundacional. Sí hace hincapié en estos aspectos la legislación catalana, al prever que la intervención del Protectorado se ceñirá en el procedimiento de modificación a ve-

⁸ *Tratado de Fundaciones*, ob. cit.

rificar si la misma es contraria a la Ley, si contraviene a una prohibición expresada por los fundadores y si se aparta de la voluntad de los fundadores en lo que afecta a la denominación, las finalidades, la aplicación de los recursos, el destino de los bienes sobrantes o la composición del patronato.

En el procedimiento de fusión, la regulación autonómica ha sido en general más prolija que la legislación estatal, regulando en algunos casos distintos supuestos de fusión: la fusión por absorción o la fusión que da lugar a la creación de una nueva fundación. Además, el Libro III del Código Civil catalán contempla la transformación de asociaciones en otras entidades de naturaleza no lucrativa, siendo esta una de las propuestas tradicionales del sector fundacional, por el fenómeno tan frecuente de fundaciones constituidas por asociaciones.

33.^a Por último, y sin ánimo de constituir una propuesta de *lege ferenda*, mención especial merece la denominada «cláusula de reversión» de los bienes fundacionales, reconocida por la Comunidad de Madrid a través de la previsión legal de que *a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador*. De esta manera, la ley madrileña ha optado por un sistema en el que se otorga más peso a la voluntad del fundador, dado que a través de dicha redacción se contempla la posibilidad de que el fundador prevea que los bienes resultantes de la liquidación reviertan en su patrimonio. Mediante la mencionada cláusula se reconoce al fundador la posibilidad de decidir el destino de los bienes de la fundación extinguida, contemplando incluso la posibilidad de establecer para estos un destino que implique sustraerlos de su afección a fines de interés general (en los términos que ha señalado la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre).

La Ley de fundaciones de interés gallego ha regulado también esta materia de manera parecida a la Ley de la Comunidad de Madrid, pero, a la posibilidad de que el destino de los bienes sea el previsto por el fundador, añade que dicho destino lo será también el decidido por el Patronato cuando tenga reconocida dicha facultad en la carta fundacional. Ambos constituyen ejemplos claros de que con estas disposiciones el legislador autonómico se apartó de la regulación estatal en la que el destino de los bienes resultantes de la liquidación será el de otras entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general.

III. Reflexiones y propuestas sobre la fiscalidad de las Fundaciones

34.^a La Ley 49/2002 constituyó, a juicio del sector fundacional, un avance importante respecto al régimen fiscal de entidades sin fines lucrativos previsto en la Ley 30/1994, al mejorar el régimen de tributación de estas entidades, constituyendo uno de los regímenes fiscales más beneficiosos de los países de nuestro entorno. No obstante, lo cierto es que la aplicación de la Ley 49/2002 ha puesto de manifiesto ciertas lagunas en la regulación de los requisitos de acceso al régimen fiscal especial contemplados en su artículo 3, provocando algunas incertidumbres que resulta conveniente solventar, para evitar interpretaciones que pueden excluir de su ámbito de aplicación a fundaciones y a otras entidades sin ánimo de lucro que, a priori, no debieran quedar «relegadas» al régimen de entidades parcialmente exentas, pues como señala la exposición de motivos de la norma, *«la justificación de estos requisitos obedece a la intención de asegurar que el régimen fiscal especial que se establece para las entidades sin fines lucrativos se traduce en el destino de las rentas que obtengan a fines y actividades de interés general»*. En este sentido, sería positivo aclarar algunos de los requisitos del artículo 3 de la Ley 49/2002, entre otros, el de que las actividades de interés general de las entidades sin fines lucrativos pueden realizarse, bien por las propias entidades, bien financiando los proyectos de otras.

35.^a Por lo que se refiere a la tributación en el Impuesto sobre Sociedades de las rentas obtenidas por las entidades sin fines lucrativos, aun siendo positivo el sistema adoptado por la Ley 49/2002 respecto de la exención de las actividades económicas, sobre todo por su aplicación automática y no rogada, parece lógica la actualización de la lista de las actividades que deban estar exentas, para ajustarla a la realidad del ámbito de la actividad de las entidades sin fin de lucro.

36.^a También las exenciones en los tributos locales previstas en la Ley 49/2002 requieren ciertos ajustes, no tanto para establecer nuevos incentivos, como para mejorar técnicamente determinados supuestos no previstos en la regulación actual: respecto al IBI, por ejemplo, contemplar el supuesto de bienes afectos parcialmente a actividades económicas exentas y no exentas y sobre todo recoger, como ha señalado la Administración Tributaria, que las exenciones reguladas en el artículo 15 de la Ley 49/2002 son exenciones *ope legis* o automáticas, que no necesitan la solicitud del sujeto pasivo y por tanto tampoco el reconocimiento de las mismas por las entidades locales. Sí sería deseable el establecimiento de un nuevo incentivo en lo que a tributación local se refiere, como sería la previsión en la Ley de Haciendas Locales de una

posible bonificación, en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, para las entidades acogidas a la Ley 49/2002.

37.^a Pero es la tributación indirecta, el IVA en concreto, la que resulta claramente perjudicial para las entidades sin fines lucrativos, por lo que deben analizarse, dadas las dificultades técnicas de modificación del Derecho de la Unión Europea, los sistemas de restitución nacional ya aplicados en otros países para entidades sin ánimo de lucro y también para entidades locales, así como otras posibles modificaciones de nuestra Ley para las que aquel sí deja margen.

38.^a Si el régimen subjetivo de tributación de las fundaciones es considerado positivo en términos generales, existe también un acuerdo en el sector y en numerosos ámbitos sociales en considerar que el régimen de incentivos al mecenazgo recogido en la Ley 49/2002 resulta claramente insuficiente, dado que esta norma se limitó a reproducir los incentivos fiscales al mecenazgo previamente existentes con ligeros cambios, por lo que siguen siendo insuficientes y no estimulan el crecimiento de la participación privada en la realización de actividades de interés general.

Una mejora de los incentivos al mecenazgo supondría un claro reconocimiento del papel social y económico que desempeñan las entidades sin fines lucrativos y el tercer sector en general, en la sociedad actual, en la atención de importantes demandas sociales. La mejora de los incentivos redundaría en un claro aumento de la colaboración de particulares y empresas, tal y como ha quedado de manifiesto en un país como Francia, en el que el aumento de los porcentajes de deducción al 60% y 66% en el Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de las Personas Físicas se ha traducido en un claro aumento de las colaboraciones.

39.^a Como se señala en la obra que sirve de base a estas reflexiones y propuestas, *«los excesos de presión fiscal y las críticas a la eficiencia del Sector Público, orientaron a la sociedad civil a asumir responsabilidades tradicionales de éste en materia de servicios sociales, culturales, educativos, medioambientales, etc... La actual crisis fiscal hace, sin duda, todavía más imprescindible este papel complementario de las entidades sin fin de lucro, no solo en los países en vías de desarrollo sino en el primer mundo donde pobreza y marginación están creciendo alarmantemente»*⁹.

40.^a Así, se hace necesario un aumento de los porcentajes de deducción tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el IRPF; el reconocimiento

⁹ CRUZ AMORÓS, «Introducción a la fiscalidad de las fundaciones en España», en *Tratado de Fundaciones*, ob. cit., p. 740.

de las prestaciones de servicios gratuitas como mecenazgo fiscalmente deducible y «no penalizado»; la equiparación de los incentivos fiscales de los convenios de colaboración empresarial al de las donaciones puras y simples; el reconocimiento de incentivos fiscales a las donaciones de contribuyentes españoles a entidades sin ánimo de lucro establecidas en otros países de la UE, teniendo en cuenta así el contexto globalizado en el que las fundaciones y las entidades sin fines lucrativos actúan y buscando reciprocidad para las donaciones de contribuyentes de otros estados miembros a nuestras entidades; o permitir la participación del sector en la determinación anual de las actividades prioritarias de mecenazgo, para que se identifiquen con las necesidades reales de la sociedad.

41.^a En cuanto al régimen de mecenazgo no deben olvidarse tampoco los problemas de aplicación que han venido surgiendo en los casos de aportaciones de contribuyentes de territorios forales a entidades de régimen común, y en los de las aportaciones de contribuyentes de régimen común a entidades acogidas a algunas de las normas forales de régimen fiscal de entidades sin fines lucrativos ¹⁰.

42.^a Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas ¹¹, cabe señalar que, con excepción de las de régimen foral, su ámbito de posibilidades normativas para influir en el régimen tributario de las fundaciones y entidades sin fin de lucro es muy reducido, «*al carecer éstas de la posibilidad de incidir en los impuestos estatales que configuran el “núcleo duro” de su tributación (Sociedades y Valor Añadido) y tener poco margen en los tributos cedidos*» ¹², aparte las especialidades del régimen especial de Canarias.

Es en materia de mecenazgo donde los incentivos fiscales autonómicos se han mostrado más activos, por la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la fijación de las deducciones de la cuota del IRPF. Sin embargo, el amplio rango y variabilidad de las deducciones autonómicas en materia de mecenazgo ¹³ llevan a proponer la conveniencia de un proceso de armonización en esta materia que garantice la mayor neutralidad posible en las decisiones de patrocinio y mecenazgo de los contribuyentes.

¹⁰ S. LÓPEZ RIBAS, «Régimen fiscal del Mecenazgo en las Comunidades Autónomas», en *Tratado de Fundaciones*, ob. cit., pp. 849 y ss.

¹¹ A las que se refiere el *Tratado* tantas veces citado en las pp. 747-843.

¹² CORCUERA TORRES, «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales respecto al Régimen Fiscal de las Fundaciones», en *Tratado...*, ob. cit., pp. 747 y ss.

¹³ LÓPEZ RIBAS, «Régimen fiscal del mecenazgo...», ob. cit.

Las Haciendas Forales¹⁴ se han mantenido en una saludable aproximación al régimen común, tanto en la fiscalidad subjetiva de fundaciones y entidades sin fin de lucro como en materia de mecenazgo, lo que sería deseable que se mantuviera en el futuro como criterio de política tributaria.

IV. El horizonte jurídico del Tercer Sector y de las Fundaciones

43.^a Una de las cuestiones que se ha convertido en camino crítico para la consolidación del Tercer Sector es la insuficiencia de una construcción científica sólida y generalizada que determine con precisión la conceptualización de este sector, así como aspectos esenciales tales como su misión, fines o tipología de las organizaciones que lo constituyen, con la finalidad primordial de disponer de elementos de conocimiento y de fijación de las grandes coordenadas que den respuesta a la cuestión de qué es y quiénes lo componen. Ello facilitará la consecución del reconocimiento y ordenación de esta realidad socioeconómica en el ordenamiento jurídico, pues resulta imprescindible una norma de rango legal que contemple los elementos esenciales del Tercer Sector como representante genuino e interlocutor legitimado para intervenir en la defensa y mejora de los intereses sociales de la persona y de los colectivos con mayores necesidades de protección.

Por ello, y entre otros aspectos, hay que avanzar en la diferenciación e identidad del Tercer Sector y, específicamente, en las esencias del mismo: organizaciones privadas, ausencia de ánimo de lucro y realización de un interés general¹⁵. De estas tres notas, la doctrina científica debe estudiar más el concepto de interés general, ya que este constituye un título de legitimación frente a la sociedad en general. Se trata de algo de la mayor importancia, ya que es el mecanismo para abrir el Tercer Sector a nuevas energías y a mayores aportaciones. Pero también constituye la justificación más convincente frente a las Administraciones y los Poderes Públicos, agentes relevantes y que con sus contribuciones (subvenciones y ayudas) constituyen un soporte básico de arranque y mantenimiento de las organizaciones privadas del Tercer Sector al que nos referimos.

44.^a Hay que insistir en que la libertad y la igualdad son las dos grandes columnas en que se apoya el edificio del Tercer Sector. La libertad es el punto de arranque y supone la determinación de los fines de la organización, su es-

¹⁴ Como se explica ampliamente por CRUZ AMORÓS, «Régimen fiscal de las fundaciones en las Comunidades Autónomas de régimen foral», en *Tratado...*, ob. cit., pp. 803 y ss., y LÓPEZ RIBAS, ob. últ. cit.

¹⁵ CALVO ORTEGA, «Tercer Sector y Estado Social», *Tratado...*, ob. cit., pp. 961 y ss.

estructura y la relación con los tipos jurídicos asumidos por los ordenamientos. Principalmente, con la organización y la asociación. La cuestión que debe investigarse es si los tipos actuales dan respuesta jurídica y asociativa a las necesidades de desarrollo del Tercer Sector. En esta línea, tiene interés particular la adecuación de las organizaciones con las normas que regulan el fenómeno asociativo. Igualmente, es importante avanzar en la relación con las Administraciones para hacer compatible la satisfacción por estas de la correcta utilización de las subvenciones y ayudas con la necesaria libertad y flexibilidad de actuación de las organizaciones privadas.

45.^a El funcionamiento democrático de las organizaciones del Tercer Sector (sin perjuicio de las peculiaridades propias de la organización y funcionamiento de las fundaciones) es básico para el desarrollo de los objetivos, así como para la mayor difusión y aceptación por la sociedad. Este funcionamiento democrático debe permitir una transparencia y, en consecuencia, un avance continuo de la aceptación de las organizaciones. La realidad actual es satisfactoria y debe conocerse al máximo para que redunde en favor del Sector mismo.

46.^a La relación del Tercer Sector con las Administraciones comienza a romper la tesis de que el Estado es una construcción «desde arriba». Si la esencia del Estado Social son las políticas orientadas a la realización del valor igualdad (uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento según la Constitución), su realización «desde abajo» protagonizada por los ciudadanos con la colaboración de los Poderes Públicos ofrece el mayor interés ¹⁶.

47.^a Debe considerarse la posibilidad de promover una modificación constitucional, o aguardar a que se abra en algún momento este proceso de revisión, para incorporar a la Constitución Española de 1978 una mención expresa a la democracia participativa como medio de participación directa de los ciudadanos y la sociedad civil articulada en los asuntos colectivos de interés general, reconociendo al tiempo la relevancia del diálogo civil como mecanismo para esta participación activa ¹⁷.

48.^a Es el momento de desarrollar y articular el diálogo civil. El Tercer Sector ha de reclamar su participación y representación en el diálogo social, porque en el mismo se discuten asuntos en los que es un actor clave. Pero sobre todo ha de reclamar el diálogo civil, que el gobierno ha de poner en marcha y que tiene que contar al menos con: bases jurídicas suficientes en las que

¹⁶ CALVO ORTEGA, ob. últ. cit., pp. 979 y ss.

¹⁷ PÉREZ BUENO, «La ciudadanía organizada como actor político directo: democracia participativa y diálogo civil», *Tratado...*, ob. cit., pp. 985 y ss.

se reconozca su papel de interlocutor, una agenda de temas de negociación, que formen objeto del diálogo permanente, medios, dotación y estructura adecuada para poder ejercer este diálogo de modo maduro. Esta será la única manera en la que al Tercer Sector se le reconocerá el papel clave que tiene que jugar en el escenario económico, político y social de nuestro país y que ha de ser proporcional a lo que representa actualmente y a las potencialidades que tiene de contribuir al bien común.

Para ello, resulta imprescindible la aprobación de una legislación estatal sobre promoción de la participación democrática de la ciudadanía en los asuntos públicos. Esta legislación, de nueva planta, establecería el marco y los términos de la participación de la sociedad civil organizada e instauraría y regularía el diálogo civil como instrumento de esa práctica democrática.

Es inevitable poner de manifiesto y, por tanto, plantear la necesidad de regular reglamentariamente y constituir con urgencia el Consejo Superior de Fundaciones, establecido por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, concebido como órgano asesor del que se recabará su parecer y opinión en todo lo relacionado con el sector fundacional.

49.^a Hay que requerir de las Administraciones Públicas un plan de apoyo al Tercer Sector, que por una parte le facilite los medios y condiciones para crecer, modernizarse y adaptarse a las nuevas circunstancias y por otra le sitúe en condiciones de ser un actor clave en la provisión de servicios y en la protección a las personas, desarrollando y potenciando aquellas fórmulas de economía social que se basan en la solidaridad y que han de tratarse no solo en igualdad de circunstancias, sino de acuerdo al valor añadido que aportan en la creación de capital y tejido social.

50.^a Debe reflexionarse acerca del escenario de crisis económica y sus efectos en el ámbito del Tercer Sector¹⁸. Incluso afrontando la crisis como una oportunidad para el Sector. Debe producirse un cambio de modelo en un entorno de coherencia y regido por los principios de la Buena Gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia¹⁹.

51.^a Puede resultar oportuno reflexionar en torno a las organizaciones representativas de la sociedad civil. La división actual de las diversas formas y figuras representativas del Tercer Sector, vertebrador de la sociedad civil, muchas veces especializadas en la tarea de las entidades integradas en cada asocia-

¹⁸ DE CASTRO SANZ, «Relaciones y retos del Tercer Sector y los mercados: la crisis económica y sus efectos», *Tratado...*, ob. cit., pp. 997 y ss.

¹⁹ FRESNO GARCÍA, «Retos del Tercer Sector en tiempos de encrucijada», *Tratado...*, ob. cit., pp. 1034 y ss.

ción, ha de romperse para trabajar en estructuras y planteamientos unitarios. De modo que se pueda expresar con voz única lo que piensa el Tercer Sector (la sociedad civil) que, por no hacerlo así, puede tener más de concepto disperso en una pluralidad de organizaciones. Esta dispersión representativa conduce, también, a incrementar el escepticismo ciudadano y refuerza elementos que impiden la implicación y unión de esfuerzos necesarios para una sociedad cohesionada.

Es el momento de dar un paso decisivo en la articulación interna del sector, partiendo de las plataformas y organizaciones de segundo y tercer nivel en las que ha ido organizándose en los últimos años. A pesar de la diversidad de situaciones, heterogeneidad de campos de actuación, niveles de desarrollo y prácticas organizativas, el Tercer Sector Social (aquellas entidades que operan en el campo de lo social y que en consecuencia se ocupan de la promoción de las personas desfavorecidas, defendiendo sus derechos y produciendo bienes y servicios que mejoren las condiciones de vida de las mismas), ha de aprovechar la actual coyuntura para organizarse y defender sus intereses y su meta-proyecto, es decir, los valores y el modelo de sociedad por el que lucha.

En efecto, la clave está en la unidad de acción del Tercer Sector y en la articulación de estrategias, discursos e instrumentos operativos comunes. Por tanto, el gran reto de futuro para el Tercer Sector y sus organizaciones está en la capacidad que tengan de adaptarse a las nuevas realidades y entornos basados en la eficiencia, la operatividad de escala, las alianzas y la verdadera capacidad de influencia ante terceros, especialmente ante el poder político y económico.

Estamos ante un sector muy atomizado y poco articulado, integrado por un sinnúmero de pequeñas y medianas organizaciones que, a veces, se integran en pequeñas plataformas representativas, pero todas ellas carentes de fuerza suficiente para ejercer una verdadera influencia en defensa de los intereses sociales de las personas y de la sociedad solidaria.

Las organizaciones sociales deben agruparse, integrarse y aliarse en función de intereses sectoriales o cualquier otro criterio de afinidad o proximidad; pero este criterio de alianzas en círculos concéntricos debe tender a desembocar en la consecución de una gran organización/paraguas que, dentro del respeto a todos los diferentes niveles subordinados, integre y represente a la inmensa mayoría de las organizaciones solidarias y, por tanto, consiga una verdadera capacidad de interlocución, negociación y presión ante las instancias públicas y los poderes económicos.

V. A propósito de la necesaria adopción del Estatuto de la Fundación Europea

52.^a Antes de concluir esta amplia batería de reflexiones y propuestas, resulta conveniente asomarse al Derecho de la Unión Europea para dar algunas pinceladas sobre la necesidad de una nueva regulación europea en materia de fundaciones y sobre su posible impacto en el ordenamiento español²⁰.

Nuestra principal recomendación a nivel propositivo y de *lege ferenda* consiste en la adopción de un Estatuto de la Fundación Europea que acabe con la discriminación que las fundaciones sufren con respecto a otros actores económicos, por no contar con un instrumento que les permita operar simultáneamente de manera eficaz en distintos Estados miembros. Más concretamente, dicho Estatuto debería permitir a las fundaciones establecidas o que operen en más de un país de la UE crear una Fundación Europea, registrada en un único país pero con posibilidad de operar en varios, sin necesidad de crear nuevas estructuras en cada país (con los gastos y complicaciones administrativas, legales, fiscales, laborales y operativas que ello conlleva) y de acuerdo con un sistema único de normas, una gestión unificada y un único sistema de rendición de cuentas.

En concreto, el Estatuto debería abordar los siguientes aspectos de las fundaciones europeas: creación, inscripción, cometido, capital, domicilio social, personalidad jurídica, capacidad, responsabilidad de la dirección, transparencia y requisitos de responsabilidad.

Para evitar replicar las deficiencias que han minado la utilidad de instrumentos similares de otras formas jurídicas abogamos porque dicho Estatuto adopte la forma de un reglamento comunitario. No se trataría de armonizar a través de una directiva las leyes existentes en esta materia en los diferentes Estados miembros sino de crear una nueva regulación. La misma sería opcional y la legislación existente a nivel nacional o regional no cambiaría. Las fundaciones podrían elegir, a través de una simple decisión del patronato, si quieren seguir rigiéndose por la normativa nacional o si quieren convertirse en Fundación Europea. En este sentido, el Estatuto deberá ser claro y abordar todos los aspectos fundacionales que acabamos de mencionar sin remitirse de manera subsidiaria al Derecho nacional específico, para así generar una estructura jurídica lo más semejante posible en todos los países europeos.

Creemos que el borrador de Estatuto elaborado por el Centro Europeo de Fundaciones en 2005, conjuntamente con el estudio de viabilidad encargado

²⁰ CABRA DE LUNA y DE LORENZO GARCÍA, «La futura ordenación jurídica de las fundaciones en la Unión Europea: situación actual, tendencias e impacto posible en el Derecho español», *Tratado...*, ob. cit., pp. 1039 y ss.

por la Comisión Europea y recientemente finalizado, constituyen una base adecuada y suficiente para que el ejecutivo comunitario ponga sobre la mesa un proyecto de reglamento. Políticamente nos encontramos en un momento ideal para ello, con una Comisión motivada para hacer nuevas propuestas y con el relanzamiento del mercado único como una de las prioridades de la Estrategia UE2020, recientemente adoptada.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico español, la aprobación del Estatuto haría necesario realizar algunas reformas de la normativa de fundaciones, tanto a nivel estatal como autonómico. No obstante, se trataría de modificaciones puntuales de algunos artículos, las cuales no afectarían sustancialmente al espíritu de la norma ni a nuestra tradición normativa. Por el contrario, la adopción del Estatuto consolidaría la configuración de la fundación tal y como se entiende en el Derecho español y por ello protegería un blindaje adicional al sector fundacional español ante posibles derivas no deseadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. Y, lo que es más importante, proporcionaría una base más sólida para un mayor desarrollo del sector fundacional.

VI. Cambios sociales y económicos y futuro del Tercer Sector

53.^a Concluimos nuestras aportaciones constatando que el Tercer Sector se encuentra en una coyuntura difícil de la que puede salir fortalecido si es capaz de dar los pasos necesarios para ocupar el papel que le corresponde en la sociedad y acometer nuevos retos, tal y como se apunta en las propuestas precedentes. Los cambios profundos que se adivinan en el brumoso horizonte dentro de los modelos organizativos de los diferentes ámbitos (modelo de Estado democrático; crisis del Estado de bienestar; relaciones poder político *versus* poder económico; reequilibrio de los factores de la competitividad y de la solidaridad; nuevas tendencias sociales en los hábitos de comportamiento individuales y grupales; la redistribución de la riqueza en el plano local, regional y mundial; las nuevas soluciones al problema del empleo, los movimientos migratorios y los sistemas de protección social; el establecimiento de un nuevo orden internacional con organismos sólidos de regulación, supervisión y corrección en las relaciones globalizadas, etc.), obligan a un enorme esfuerzo de las organizaciones sociales para conseguir una sólida articulación en torno a una organización que robustamente represente, con una voz única, al conjunto de dichas organizaciones y defienda eficazmente la salvaguardia de los intereses de lo social, de la igualdad y dignidad de las personas, la generalización de niveles de vida homogéneamente aceptables y el pleno disfrute de los derechos sociales.