

# Las fundaciones en Asturias

*Alejandro Huergo Lora*

Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

*Javier García Luengo*

Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL «CASO NIEMEYER»: 1. *El planeamiento inicial*. 2. *El intento de «blindaje» y de «privatización» de la Fundación*. 3. *El enfrentamiento con el Gobierno autonómico*. 4. *La vuelta a la mayoría pública tras las elecciones autonómicas de 2012*. 5. *El epílogo concursal*.—III. NOVEDADES JURISPRUDENCIALES: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 121/2012, DE 5 DE JUNIO.—IV. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES.

## I. Introducción

El desarrollo de la normativa de fundaciones en Asturias ha quedado paralizado en el año 2012 a pesar de los esfuerzos que desde la sociedad civil se han emprendido para la promulgación de una Ley de Fundaciones —de los que nos hacíamos eco en la anterior edición de esta crónica— debido, principalmente, a la inestabilidad política en el Principado. Así cuando no había transcurrido un año desde las elecciones de 22 de mayo de 2011 y ante la imposibilidad de aprobar la Ley de Presupuestos el entonces Presidente del Principado convocó el 30 de enero de 2012 nuevas elecciones que tuvieron lugar el siguiente 25 de marzo y que conllevaron la formación de un nuevo gobierno de signo político distinto al anterior.

Estas circunstancias han motivado que la actividad legislativa se haya paralizado en el Principado durante 2012 más allá de las urgencias económicas y que el debate sobre el necesario desarrollo del Derecho de fundaciones haya pasado a un segundo plano.

## II. El «caso Niemeyer»

### 1. *El planteamiento inicial*

El repaso al Derecho de fundaciones en el Principado de Asturias en 2012 debe incluir el resumen de un asunto que, no habiendo aprobado la Comu-

nidad Autónoma norma alguna en esta materia, se lleva sin ninguna duda el protagonismo, además de constituir una muestra de todos o casi todos los problemas actuales del Derecho de fundaciones y de no pocas de las disfunciones del sector público cuya corrección se reclama por tantas voces. Nos referimos al denominado «caso Niemeyer», que rodea al centro cultural que con este nombre se ha construido recientemente en Avilés y se inauguró poco antes de las elecciones autonómicas de 2011.

Los edificios que componen el denominado Centro Cultural Internacional Óscar Niemeyer, situados en la ría de Avilés en terrenos que, al menos en parte, en los años 60 fueron expropiados para la instalación de ENSIDESA y que después (en el curso de la reconversión de la industria siderúrgica) fueron devueltos por ACERALIA a la Administración del Estado (dando lugar a pleitos de reversión que todavía se arrastran), fueron construidos y financiados por la Administración del Principado de Asturias a través de un contrato administrativo de obra adjudicado, por cierto, a una empresa promotora y constructora de capital mixto, pero dominada por la Administración autonómica —SEDES, S.A.— que en este momento se encuentra sometida a un ERE que afecta a casi toda su plantilla y cuya privatización ha sido anunciada. La construcción costó unos 50 millones de euros, cifra que en su momento se antojaba muy pequeña en comparación con el precio de otros proyectos culturales faraónicos que se ejecutaron en distintas Comunidades Autónomas, aunque vista con ojos de 2012 no resulta en modo alguno despreciable.

En paralelo se constituyó una fundación denominada precisamente «Fundación Centro Cultural Internacional Óscar Niemeyer», de cuyo patronato eran miembros la propia Administración autonómica, el Puerto de Avilés (que es un puerto de interés general del Estado, aunque sometido de hecho, como todos ellos, al control de la Comunidad Autónoma en virtud de lo previsto en la Ley 62/1997), el Ayuntamiento de Avilés, la Administración General del Estado a través del Ministerio de Cultura (en posición minoritaria respecto a los demás patronos públicos) y algunos patronos privados (básicamente empresas que se suponía que contribuirían a financiar las actividades del Centro), también en posición inicialmente minoritaria.

La Fundación se constituyó como una auténtica fundación, es decir, con personalidad jurídica de Derecho privado, y no como una «fundación pública del servicio» ni como un consorcio ni como uno de tantos entes públicos que, por disposición legal, reciben el nombre de fundaciones de modo impropio (por ejemplo, las «fundaciones públicas sanitarias»). Por lo tanto, la Administración autonómica era a la vez «fundadora» —junto a otras entida-

des públicas y privadas— y «protectora», puesto que le correspondía la potestad de vigilancia y control sobre las actividades de la fundación, a tenor de lo dispuesto en la legislación de fundaciones y en sus reglamentos, al tratarse de una fundación cuyas actividades se centran en el territorio de la Comunidad Autónoma asturiana. Este doble papel, en cierto modo paradójico, que se produce siempre en el caso de las fundaciones del sector público (como se destacó ya en la Crónica del año 2009, pp. 238-239), no deja de resultar en cierto modo sorprendente. Es verdad que esta duplicidad de funciones también se da en el caso de las sociedades mercantiles en mano pública, sometidas al control de un órgano materialmente administrativo como el Registro Mercantil, pero en las fundaciones públicas y, más concretamente, autonómicas, la situación resulta especialmente chocante porque la coincidencia entre la persona jurídico-pública que «funda» y la que controla (vía protectorado) es perfecta (a diferencia de lo que sucede en el caso de las sociedades mercantiles, porque el Registro Mercantil se distingue netamente de la Administración autonómica), y además el control público sobre las fundaciones (protectorado) es mucho más intenso que el control que ejerce el Registro Mercantil sobre las sociedades mercantiles por la sencilla razón de que, como lo normal —aunque cada vez menos frecuente— es que las fundaciones sean regidas por unos patronos sin posible control por su fundador muerto, es necesario que una entidad pública vele para que aquéllos respeten la voluntad de éste, mientras que en las sociedades los socios siempre están presentes para, entre otras cosas, destituir a los administradores si lo tienen por conveniente, de modo que el control registral es puramente formal.

La Fundación se constituyó como una fundación con mayoría pública, al disponer el sector público de la mayoría de los votos en el patronato, y por esta razón fueron los patronos públicos quienes designaron al Presidente y al Secretario de la Fundación, y quienes, en general, dominaban el patronato que, entre otras cosas, designó al Director de la Fundación.

La relación entre la Fundación y las instalaciones del Centro en esa fase inicial (que comenzó, de hecho, antes de la entrega de dichas instalaciones, cuando el Centro desarrollaba sus actividades en otros escenarios) se basaba en una cesión de las instalaciones por un plazo muy breve, lo que tampoco tenía demasiada importancia al tratarse la Fundación de un ente instrumental que carecía de intereses propios opuestos a los de la Administración autonómica.

## **2. El intento de «blindaje» y de «privatización» de la Fundación**

Poco después de inaugurarse las instalaciones y de comenzar la actividad del Centro en su nueva sede, se produjeron dos hechos muy relevantes, como

son la decisión del patronato de dar entrada a nuevos miembros privados con el resultado de que el sector público perdiera su mayoría, y, en segundo lugar, el intento, finalmente frustrado, de cesión de los edificios por parte de la Administración autonómica a la Fundación por el máximo plazo legalmente permitido, es decir, 50 años. Estos hechos se produjeron justo antes y después, respectivamente, de las elecciones autonómicas de 2011 (el segundo de ellos por un Gobierno en funciones), y, de haberse consumado, habrían llevado al llamativo resultado de que el nuevo Gobierno resultante de dichas elecciones se habría encontrado con el Centro —construido íntegramente con dinero público— en manos, durante 50 años, de una fundación privada sobre la que carecería de toda capacidad de influencia.

La pérdida de control público sobre la Fundación se debió a una decisión de su patronato —con mayoría pública— por la que acordó la incorporación como nuevos patronos de una serie de empresas privadas. Al no tener las fundaciones socios que aportan capital (como sucede en las sociedades de capital) ni miembros (como las asociaciones), las fundaciones (que pertenecen al tipo de la «persona jurídica institución» y no «corporación», según el clásico esquema de Gierke genialmente adaptado entre nosotros por los profesores E. García de Enterría y T.-R. Fernández para explicar la personalidad jurídica de las Administraciones Públicas) se rigen por el principio de cooperación, de modo que es el propio patronato el que determina la entrada y salida de sus miembros. En la Fundación que nos ocupa, parece que la incorporación de nuevos miembros iba ligada, en virtud de criterios adoptados por el Patronato, a la asunción del compromiso de aportar anualmente una determinada cantidad de dinero, aunque, como veremos, la seriedad de tales compromisos parece no haber sido mucha.

En todo caso, la voluntaria pérdida por el sector público de la mayoría en el Patronato tenía el efecto, al menos en la voluntad de quienes la decidieron, no sólo de privar a cualquier Gobierno entrante de la posibilidad de cambiar la presidencia de la Fundación (siendo reseñable que existían «patronos honorarios» permanentes que eran miembros del Gobierno saliente), sino también el cese del sometimiento de la Fundación a los órganos de control financiero externo (Tribunal de Cuentas y Sindicatura de Cuentas autonómica) y a la legislación de contratos del sector público, sobre todo porque, al menos en teoría, el presupuesto anual de funcionamiento de la Fundación se iba a sostener mayoritariamente con aportaciones de los patronos privados.

En este punto se viene a obtener por el Gobierno cuyos representantes en el patronato deciden la pérdida en éste de la mayoría pública, de lo que podemos denominar «prima de privatización» que se ha producido en la

privatización de numerosas empresas públicas (sobre todo las cotizadas), y que es paralela al concepto jurídico-mercantil de «prima de control».<sup>1</sup> Pues bien, del mismo modo que el accionista que controla la sociedad puede vender sus acciones a un precio superior al que reciben los pequeños accionistas, el Gobierno que privatiza una empresa pública cotizada percibe una «prima de privatización» consistente en que el Presidente por él nombrado para la sociedad, cuyo mandato, en principio, estaría sujeto a confirmación por el siguiente Gobierno, va a prolongar en realidad ese mandato durante un tiempo más o menos largo, puesto que, una vez sustituida la mayoría accionarial de la Administración por un atomizado accionariado privado (*free float*) o por accionistas significativos no interesados en el control de la sociedad (inversores institucionales, fondos de pensiones, etc.), sólo será relevado si se produce, con un elevadísimo coste y a través de una OPA, la entrada de un accionista de control. Del mismo modo sucedía en la Fundación que estamos estudiando, puesto que los Gobiernos posteriores podrían nombrar nuevos representantes en los puestos reservados a los patronos públicos, pero ya no dispondrían de la mayoría y no podrían, por ejemplo, relevar al Presidente.

Por lo que respecta al sometimiento al control financiero y a la legislación de contratos públicos, no puede ocultarse que ya aquí se encuentra una notoria mixtificación de la realidad, porque, aun dando por supuesto que las aportaciones privadas financien mayoritariamente el funcionamiento de la entidad (algo que la realidad se encargó pronto de refutar, puesto que los presupuestos se liquidaron con amplios déficits que el sector público se dispone ahora a cubrir), lo cierto es que las propias instalaciones en que el Centro (manejado por la Fundación) desempeña su actividad han sido construidas y financiadas por la Administración autonómica. Si en esas cuentas del funcionamiento anual se incluyese el coste de los edificios (su amortiza-

---

<sup>1</sup> Se habla de «prima de control» cuando el accionista de control de una sociedad cotizada (que no tiene por qué disponer de la mayoría del capital social, sino que a menudo tiene un porcentaje exiguo) cede su paquete accionarial a un tercero, al que traspasa también, de hecho, el control de la sociedad. En estos casos el vendedor cobra por sus acciones un precio superior al que éstas tienen individualmente en el mercado, precio que corresponde a la «prima de control» que se le paga al accionista que, junto con su paquete, transmite el control de la sociedad, pero que no les abona a los pequeños accionistas cuando éstos venden sus acciones. Como esta disparidad de precios tiende a perjudicar al pequeño accionista y a alejarle de la bolsa, la legislación de OPAS intenta obligar a toda persona que quiera adquirir un «paquete de control» a lanzar una OPA obligatoria que sirva para que todos los accionistas, grandes o pequeños, puedan recibir el mismo precio por acción que se abona al accionista de control. Por eso la Ley 44/2002 modificó los límites a partir de los cuales es obligatorio lanzar una OPA, de modo que ya no sean límites fijos (el 50%, el 25%), sino cualquier porcentaje del capital siempre que transmita el control de la sociedad.

ción o el precio que habría tenido su alquiler), es evidente que la aportación pública volvería a ser mayoritaria de forma holgada. Pero lo cierto es que el sometimiento de la entidad —con razón o sin ella, o más bien claramente sin ella— a normas de funcionamiento puramente jurídico-privadas, dio pie al nacimiento de múltiples obligaciones económicas con proveedores que, de haber existido un control público y de haberse aplicado la legislación de contratos públicos, seguramente no habrían surgido o habrían sido nulas de pleno derecho y que, ahora, las Administraciones Públicas van a asumir.

El segundo proceso iniciado en el período electoral y que estuvo a punto de ser culminado por un Gobierno en funciones fue la cesión gratuita de las instalaciones del Centro Niemeyer a la Fundación, por el máximo legalmente permitido por la Ley del Principado de Asturias 1/1991, de 21 de febrero, de Patrimonio, es decir, 50 años (art. 59). Esta cesión hubiera terminado de «blindar» la posición de la Fundación, privando al Gobierno autonómico de cualquier posibilidad de influir sobre ella sobre la base de su condición de titular de las instalaciones del centro cultural, puesto que el único límite que condiciona la eficacia de la cesión es el respeto de su finalidad, concebida en términos genéricos.

Esta cesión configura un supuesto de «ingeniería jurídica» de cierto interés por lo que tiene de salida del control público, por medios indirectos, de una instalación construida íntegramente por la Administración, que supone algo así como una versión torcida de las matizadas técnicas de colaboración público-privada y de sus repercusiones organizativas que estudia E. Schmidt-Assmann en el capítulo V de su *Teoría General del Derecho Administrativo*<sup>2</sup>. Y es que en este caso la pérdida de control público no se encuentra en modo alguno justificada, siendo la cesión un negocio indirecto que persigue dicha finalidad y al que serían de aplicación las consideraciones de la sentencia del TS de 15 de septiembre de 2009 (sentencia 114/2009) en la que se anula la compraventa de las acciones de una empresa municipal de aguas porque suponía una concesión indirecta de la gestión del servicio público sin someterse a la legislación de contratos.

Todo este panorama configura un caso de abuso de la figura jurídica de la fundación, en los términos apuntados en nuestra Crónica de 2009 (pp. 247-250). La fundación es (debe ser) «un patrimonio adscrito a un fin». A través de la fundación, una persona puede conseguir trascender los límites tempo-

---

<sup>2</sup> *La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Fundamentos y tareas de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2003. Entre los traductores se encuentran los autores de esta crónica.

rales de su vida y lograr que una parte de sus bienes (un «patrimonio») se dedique de manera permanente a una determinada finalidad de interés público, beneficiosa para la colectividad. Hay algunos ejemplos muy claros, en Estados Unidos y también, aunque menos, entre nosotros, de grandes fundaciones, dotadas de un patrimonio muy importante, que llevan desarrollando una gran actividad cultural durante mucho tiempo (o que son recientes pero responden a estas características). Pero cada vez más (y el caso que nos ocupa constituye un ejemplo paradigmático) las fundaciones se crean sin un patrimonio relevante que garantice su subsistencia y que les dé sentido (el mínimo legal son 30.000 euros, pudiendo incluso justificarse cifras inferiores), por lo que tienen que buscar su financiación por otras vías, ya sea las aportaciones continuas y voluntarias de los fundadores o, más frecuentemente, la obtención de subvenciones. Desde ese momento, la fundación pierde, sencillamente, su razón de ser, y no se distingue en nada de cualquier otro tipo de ente sin ánimo de lucro (una asociación, por ejemplo). Cuando se trata, además, de fundaciones del sector público, constituye un tipo más de ente instrumental, que en poco (y desde luego, en nada digno de tutela jurídica) se diferencia de otros tipos legales de entes instrumentales.

Cuando la fundación se utiliza de esta forma, presenta, además, y frente a esos otros tipos de entidades, un problema de falta de transparencia, porque, mientras que en una sociedad los derechos políticos y de otro tipo son proporcionales a las aportaciones de los socios, y en una asociación es el voto igual de los miembros el que elige a los órganos de gobierno, en una fundación esto no es necesariamente así, porque no existen miembros o socios de la fundación y porque se supone que lo decisivo es la voluntad del fundador, de modo que se tiende a la cooptación, es decir, a que los patronos decidan quiénes entran en el patronato o salen de él.

Desde este punto de vista, la Fundación Niemeyer no sólo constituía un ejemplo de «falsa fundación», al carecer de patrimonio propio relevante y estar dedicada, en realidad, a gestionar un bien ajeno, sino que esa falta de transparencia organizativa permitía llevar a cabo, sin verdaderas motivaciones reales, las maniobras de pérdida o recuperación de la mayoría pública a que se ha hecho referencia.

### **3. *El enfrentamiento con el Gobierno autonómico***

La alternancia política derivada de las elecciones autonómicas de 2011 (breve, por otro lado) propició el enfrentamiento que se había estado preparando con las medidas reseñadas en el apartado anterior, aunque la renuncia final del Gobierno cesante a la cesión de las instalaciones a la Fundación, que

estuvo dos veces sobre la mesa del Consejo de Gobierno, dejó a ésta con unas defensas jurídicas mermadas. Sustituidos los representantes autonómicos en el Patronato, se constató que la mayoría de éste era contraria al nuevo Gobierno autonómico, lo que dio lugar a la ruptura entre ambas entidades y a que el Gobierno reclamara la devolución de las instalaciones, que pasó a gestionar de forma directa. Por su parte, la Fundación quedó privada del objeto que justificaba su existencia, pasando a llevar una vida fantasmal durante meses. Se produjo incluso la circunstancia curiosa de que el propio nombre del Centro cultural estaba registrado por la Fundación, de modo que el Centro cultural no podía utilizarlo, lo que llevó a que durante esos meses su programación estuviera presidida por una rúbrica genérica («Centro Cultural Internacional Avilés»).

En ese enfrentamiento entró en juego la potestad autonómica de protectorado, que llevó a denegar la inscripción de algunas modificaciones estatutarias (las que favorecían la pérdida de control público sobre la entidad) y a la interposición de recursos contencioso-administrativos por la Fundación contra esas decisiones.

Del mismo modo, la Administración autonómica exigió el reintegro de alguna de las subvenciones otorgadas a la Fundación por incumplimiento de sus condiciones, poniendo de manifiesto el enfrentamiento entre dos entidades entre las que inicialmente iba a existir una relación de instrumentalidad y no de enfrentamiento.

#### **4. *La vuelta a la mayoría pública tras las elecciones autonómicas de 2012***

Las elecciones autonómicas de 2012 supusieron un nuevo cambio de Gobierno y la vuelta, en cierto modo, al modelo original en el que la Fundación se configura como un ente instrumental del propio Gobierno, bajo mayoría pública en el patronato. La propia Fundación, con mayoría privada, pero agotada tras un conflicto que demostró que sin el uso de las instalaciones públicas su existencia carece de justificación, aceptó esos planteamientos que suponen una nueva reforma estatutaria. El Centro ha vuelto a recibir su antiguo nombre y también a la normalidad institucional, aunque con un estilo bastante distinto del inicial como consecuencia de la marcha de sus principales responsables y también del drástico recorte de los fondos puestos a su disposición, que, como era de prever, son fundamentalmente públicos.



## 5. *El epílogo concursal*

La vuelta al control público trajo la sorpresa de que la gestión de la Fundación, orgullosa de su financiación mayoritariamente privada que le iba a permitir eludir el control financiero interno y externo y la aplicación de la legislación de contratos públicos, habían generado en muy poco tiempo un déficit y un endeudamiento muy abultados, entre otras cosas porque el funcionamiento de la institución no se había financiado, salvo en escasa medida, con las prometidas aportaciones privadas, sino con créditos bancarios.

Ello provocó un hecho del que todavía existen pocos ejemplos, como es el concurso de acreedores de una fundación en mano pública (BOE de 9 de agosto de 2012, p. 38289). Un concurso que es posible al tratarse de una entidad de Derecho privado (art. 1.3 de la Ley Concursal), y que trae consigo la entrada en esta entidad, perteneciente al sector público, de un administrador concursal cuyo preceptivo informe constituye un importante elemento de control económico de la Fundación. En este sentido, del mismo modo que la intervención del Registro de la Propiedad supone un importante control de la actividad administrativa en materia urbanística y de gestión de bienes públicos, puesto que sin su bendición esos actos no pueden alcanzar todos los efectos que pretenden desplegar, en este caso la intervención de la administración concursal se cuela entre los mecanismos de control de la actividad administrativa, entre los que no suele enumerarse.

En ese proceso concursal se pone de manifiesto que una parte importante de las deudas de la Fundación han surgido como consecuencia de contratos (algunos de ellos verbales) celebrados con incumplimiento absoluto de la legislación de contratos y que desde luego no fueron fiscalizados por ningún interventor. Esos contratos no se habrían celebrado en una Administración o, en caso de haberse celebrado, serían nulos (por más que, si el contratista ejecutó su prestación, va a tener derecho al cobro para evitar un enriquecimiento injusto). Se produce ahora la paradoja de que las Administraciones Públicas que están en el patronato se ven forzadas a asumir las deudas de la Fundación (deudas contraídas ilegalmente en los términos ya indicados) salvo que opten por algo todavía más insólito, como es la insolvencia, pura y simple, de la entidad, es decir, el impago a sus proveedores o el fallido en los préstamos bancarios. Aunque sin duda se trata de una entidad con personalidad jurídica propia y que además no depende de una sola Administración, no parece que las entidades públicas que están detrás se encuentren dispuestas a cruzar esta frontera, sin perjuicio de las responsabilidades personales que puedan exigirse.

### **III. Novedades jurisprudenciales: la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2012, de 5 de junio**

La Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2012, de 5 de junio, afecta a un tema de trascendencia en el ámbito del Derecho de las fundaciones y que como hemos venido destacando en los últimos años está en constante ebullición normativa y jurisprudencial: el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

El TC en este fallo abordó el conflicto en defensa de la autonomía local promovido por los Municipios de Gijón, Belmonte de Miranda, Candamo, Cangas de Narcea, Cangas de Onís, Caravia, Illano, Las Regueras-Santullano, Llanes, Muros del Nalón, Peñamellera Alta, Pesoz, Quirós, Rivadeva, Ribera de Arriba, Santa Eulalia de Oscos, Somiedo, Soto del Barco, Teverga y Vegadeo en relación con los artículos 22.2, 24.2, 46.1 y disposición adicional primera de la Ley del Principado de Asturias 2/2000, de 23 de junio, de Cajas de Ahorro.

El conflicto se fundamentaba en esencia en tres alegatos principales:

Según los Municipios que sostuvieron el Conflicto los artículos 22.2 y 24.2 de la Ley 2/2002 establecían un régimen para la adopción de acuerdos por parte de las entidades locales a efectos de la designación por las mismas de sus representantes en los órganos de gobierno de las cajas de ahorro que vulneraría el artículo 5 de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, reguladora de los órganos rectores de las cajas de ahorro (en adelante, LORCA), que es un precepto básico, así como las normas contenidas en los artículos 46 y siguientes de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).

Por otra parte, se alega que el artículo 46.1 de la Ley 2/2000 priva al Ayuntamiento de Gijón, en tanto que destinatario único del precepto, del derecho a designar al vicepresidente de la Caja de Ahorros de Asturias, derecho que ostentaba desde el momento mismo de la fundación de la citada caja.

Por último, se entendía que la disposición adicional primera de la Ley afecta directa y exclusivamente al Ayuntamiento de Gijón, entidad cofundadora de la única caja de ahorros a la que la Ley autonómica es aplicable, cuyo porcentaje de representación queda, por aplicación de lo dispuesto en la citada disposición adicional primera, arbitrariamente limitado a un porcentaje del 20 por 100 de los miembros de los órganos de gobierno de la citada caja y ello sin fundamento jurídico alguno.

Sin embargo, la impugnación al artículo 46.1 fue inadmitida por el Tribunal al considerar que el precepto no podía ser considerado de destinatario único y, por tanto, rechazar la legitimidad del Ayuntamiento de Gijón para impugnarlo.

1. Designación de los representantes locales en los órganos de gobierno.

En este asunto, el Tribunal admite la impugnación de los artículos 22.2 y 24.2 de la Ley 2/2002 por parte de dieciséis Municipios (inadmite la de los Concejos de Belmonte de Miranda, Las Regueras-Santullano, Llanes y Teverga por no constar en su documentación la preceptiva solicitud del dictamen previo al Consejo de Estado, necesario para la impugnación por esta vía procesal) que se basaba en el carácter inusitado del nuevo régimen de elección de representantes en la Caja de Ahorros —reflejado en el artículo 22.2 de la citada Ley— que vulneraría la LORCA y la LBRL al imponer una elección de los consejeros basada en la representación proporcional y no permitir el juego normal de las mayorías del Pleno.

Dicho artículo, cuyo contenido se encuentra hoy inalterado en la redacción del vigente artículo 22.1.d), establecía que:

*«Los Consejeros Generales que representen a las Corporaciones Municipales serán elegidos directamente por los Plenos de las mismas. Cada Grupo municipal podrá presentar una propuesta de candidatos con un número de éstos igual al número de Consejeros a elegir. Los candidatos a Consejeros Generales, por el orden en que figuren en la propuesta, serán elegidos de forma proporcional al número de votos obtenidos por cada candidatura. Cada miembro del Pleno podrá dar su voto a una única candidatura».*

Frente a esta regulación, los Municipios recurrentes alegaban que, en contra de lo dispuesto por la LORCA, se les imponían unas reglas para la elección de Consejeros distintas a las que se emplean para las decisiones ordinarias del Pleno con lo que se vulneraba su autonomía.

Esta argumentación es, sin embargo, rechazada por el Tribunal Constitucional que estima que: *«... las Comunidades Autónomas competentes por razón de la materia pueden desarrollar la previsión contenida en la norma básica para la designación de representantes de las corporaciones locales en los órganos de gobierno de las cajas de ahorro, siempre que aseguren el derecho de la corporación local a su designación y establezcan un sistema que reúna las condiciones necesarias para asegurar una verdadera representatividad y libertad del mecanismo de selección. En este sentido, el criterio material de distribución de los representantes de la corporación local adoptado por el art. 22.2 de la Ley 2/2000 satisface ambos criterios, pues respeta el principio democratizador que inspira la LORCA y no vulnera la autonomía local constitucionalmente garantizada. Esta última queda satisfecha con la participación de los Ayuntamientos en los órganos rectores de las cajas de ahorro en calidad de entes públicos depositarios de los intereses colectivos de los vecinos, por lo que, desde esa perspectiva, nada ha de reprocharse a la introducción, como uno de los criterios posibles inspiradores de la elección, del principio de proporcionalidad para la designación*

*de los representantes en el órgano de gobierno de la caja de ahorros, de tal forma que la misma se adecue en la mayor medida posible a la composición del pleno de la corporación.*

*Asimismo, desde otra perspectiva, la aplicación de este criterio material para la distribución de los consejeros generales designados por las corporaciones locales en nada altera las normas básicas relativas a las mayorías necesarias para la adopción válida de acuerdos por el pleno de la corporación, puesto que la obligatoriedad de guardar la necesaria proporcionalidad en la designación de los representantes de la corporación local es algo distinto al sistema de adopción de acuerdos y de mayorías exigibles al respecto. Así, lo primero se vincula al modo de determinar o integrar la candidatura de aquellos propuestos para ser designados mientras que lo segundo hace referencia a la mayoría necesaria para la adopción de tal acuerdo. Este principio de proporcionalidad en nada coarta el derecho de la corporación local a la designación de los consejeros generales, sino que tiene como objetivo asegurar la necesaria representatividad y libertad del mecanismo de selección, expresión del principio democratizador que inspira la regulación de los órganos de gobierno de las cajas de ahorro, lo cual no afecta a la autonomía de la propia corporación local en la adopción de los acuerdos de su competencia, sin perjuicio de que tales acuerdos deban tener presente, en el caso que nos ocupa, la necesaria proporcionalidad en la designación de los representantes en los órganos de gobierno de la caja de ahorros».*

La argumentación del Tribunal no oculta la realidad, con la imposición de la proporcionalidad en el contenido del acuerdo se condiciona absolutamente el mismo y tanto da que luego se someta al juego de la mayoría municipal ya que en el fondo la decisión se adopta por la Ley Autonómica. No hay una representación de cada Ayuntamiento regido por una mayoría determinada sino una representación proporcional de los ciudadanos que reduplica en buena medida la que ya se hace desde el Principado. Por poner un paralelismo no se configura la participación de los Ayuntamientos en la Caja de Ahorros como la representación de los Estados Federados en el Senado Alemán en el que cada Estado está representado por su gobierno, sino como en el Senado Español en el que sustancialmente la representación vuelve a reduplicar el mecanismo de representación popular que rige al Congreso. Con ello el papel de la representación institucional de los Ayuntamientos se reduce inequívocamente.

2. La disminución de la representación del Ayuntamiento de Gijón como entidad fundadora.

El Ayuntamiento de Gijón, alegaba además que la nueva Ley vulneraba su autonomía al reducir considerablemente la participación en la Caja de Ahorros de Asturias que le correspondía como entidad fundadora.

Dicha limitación se derivaba de la disposición adicional primera de la Ley impugnada que establecía que:

*«Cuando una entidad u organismo público tuviera derecho, conforme a lo previsto en la presente Ley, a nombrar miembros de los órganos de gobierno por más de un grupo de representación, el total de los mismos no podrá exceder el 20 %<sup>3</sup> del número de miembros. Los excedentes se deducirán del grupo de representación en el que mayor número de representantes ostente y se asignarán, en primer lugar, al resto de entidades con derecho a representación de ese mismo grupo y, en su defecto, al grupo de impositores».*

Esta limitación se entendía lesiva de su autonomía local por el Ayuntamiento de Gijón en cuanto rompía el tradicional equilibrio entre las entidades fundadoras (el propio Ayuntamiento y el Principado de Asturias en cuanto sucesor de la extinta Diputación Provincial) y menoscaba la posición que corresponde al Ayuntamiento en relación con la citada entidad financiera.

El TC rechaza esta argumentación puesto que aunque la STC 49/1988, de 22 de marzo, haya señalado que el nombramiento directo de los consejeros generales de las cajas de ahorro en representación de las entidades fundadoras, previsto en el artículo 5 LORCA, debe considerarse una exigencia básica y en la STC 33/1993, de 1 de febrero, se haya afirmado que la adopción de los acuerdos relativos a la designación de estos representantes habría de someterse a la normativa que al respecto establece la legislación de régimen local, el modelo organizativo derivado de la LORCA no requiere en estos casos más exigencia que la consistente en que la designación de los representantes se haga por procedimientos que garanticen la expresión de la voluntad del fundador de modo directo, esto es, sin intermediarios ni compromisarios, pero ello no impide que las normas de desarrollo de las Comunidades Autónomas puedan concretar el procedimiento de designación introduciendo criterios materiales para la designación de los consejeros, siempre que se respete ese límite establecido en la norma básica estatal.

Para el Tribunal Constitucional no hay en este caso un paralelismo con la STC 33/1993 citada, pues: *«... a diferencia de aquél [supuesto] no se afecta ahora al régimen de quórum y mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos de los órganos colegiados superiores, ya que no se trata aquí del límite negativo que supone la exigencia de determinadas mayorías especiales en supuestos singularizados,*

---

<sup>3</sup> En la versión actualmente vigente de este precepto, introducida por la Ley 16/2002, de 30 de diciembre, el citado porcentaje se ha reducido al 13,4%.

*sin que se comprometa, por tanto, el modelo legal de funcionamiento democrático de las corporaciones locales. Así, como, ya hemos expuesto, el hecho de que la Ley autonómica introduzca un criterio material de proporcionalidad para la distribución de los consejeros de las cajas de ahorro designados por las corporaciones locales no altera las normas formales sobre las mayorías precisas para la adopción de acuerdos en éstas. En la medida en que, como antes hemos dicho, la necesaria proporcionalidad en la designación de los representantes es diferente del sistema de adopción de acuerdos y de las mayorías exigibles al respecto en el pleno de una corporación local, debemos concluir que la regulación legal asturiana cumple con el principio democratizador que inspira la legislación en materia de cajas de ahorro sin que nada pueda oponerse a la participación de los grupos municipales en la designación de los representantes de la corporación en la caja de ahorros, ya que aquéllos son expresión de la voluntad popular en los órganos de gobierno de los municipios, sin que ello suponga imposición o condicionamiento de la forma de proceder al nombramiento contrario al art. 5 LORCA, y menos imposición o condicionamiento a la autonomía local constitucionalmente garantizada».*

La argumentación del Tribunal Constitucional rechaza también la necesidad de mantener lo que el Ayuntamiento de Gijón denominaba el principio tradicional de paridad en la composición de los órganos de la Caja de Ahorros de Asturias y aunque reconoce que la autonomía local incluye la representación de los Ayuntamientos en las Cajas de Ahorros ello no condiciona la potestad del legislador autonómico para configurar el porcentaje de dicha participación siempre que la misma sea efectiva. En palabras del propio Tribunal: «... forma parte del ámbito de autonomía del Ayuntamiento de Gijón en cuanto entidad local fundadora el derecho a gozar de una representación efectiva en los órganos rectores de la caja de ahorro, pues la vinculación de los Ayuntamientos con las cajas de ahorro requiere de la representación de éstos en tales órganos rectores y aún con mayor motivo en el caso de que la corporación municipal tenga el carácter de entidad fundadora, pero la determinación de cuál sea el concreto porcentaje de representación que corresponda al Ayuntamiento de Gijón en virtud de esa doble condición que ostenta y la forma concreta de articularla ha de corresponder, respetando los principios anteriormente citados, al legislador competente por razón de la materia».

#### **IV. Práctica administrativa de los Registros de fundaciones**

Desde el 1 de junio de 2011 al 1 de diciembre de 2012 la práctica de los registros de fundaciones del Principado de Asturias parece mantenerse estable respecto a los ejercicios precedentes pudiendo citarse las siguientes incorporaciones:

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 Deporte, de 25 de octubre de 2011, la Fundación Magadastur, clasificada como docente.
- Por Resolución de la Consejería de Cultura y Deporte, de 28 de febrero de 2012, la Fundación Hermanos Castro, clasificada como cultural.
- Por Resolución de la Consejería de Cultura y Deporte, de 30 de marzo de 2012, la Fundación Gaultier Maldé, clasificada como cultural.
- Por Resolución de la Consejería de Cultura y Deporte, de 17 de abril de 2012, la Fundación Colegio de Balmori, clasificada como cultural.

En el Registro de fundaciones asistenciales de interés general del Principado de Asturias, se ha ordenado la inscripción de las siguientes fundaciones:

- Por Resolución de la Consejería de Bienestar Social e Igualdad, de 2 de agosto de 2011, la fundación Solidaridad con Benín, clasificada como asistencial.
- Por Resolución de la Consejería de Bienestar Social e Igualdad, de 2 de febrero de 2012, la fundación Refugio de San Rogelio, clasificada como asistencial.