

Jurisprudencia sobre fundaciones

María Natalia Mato Pacín

Profesora Ayudante de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno), de 23 de abril de 2013. Ponente: Dña. Encarnación Roca Trías

Recurso de inconstitucionalidad: Normativa autonómica acerca de fusión de fundaciones en contradicción con la estatal: inclusión del requisito de analogía de fines no contemplado en esta última; posibilidad de fusión incluso ante la prohibición del fundador, en contra del sentido de la regulación estatal. Cuestiones que pertenecen a la legislación civil y reservadas en exclusiva al Estado al carecer la Comunidad Autónoma de un Derecho civil foral o especial previo que pueda ser objeto de modificación, conservación o desarrollo: extralimitación competencial existente: inconstitucionalidad.

HECHOS.—La Abogacía del Estado interpone un recurso de inconstitucionalidad contra dos preceptos de la Ley 1/2007 de 12 de febrero, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, relativos a determinados aspectos de la fusión entre fundaciones por entender que la regulación contenida en las mismas excede de las competencias legislativas que, en materia de fundaciones, tiene atribuidas tal Comunidad, vulnerando la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil *ex* artículo 149.1.8 CE. Según la parte actora, el artículo 37.1 de la norma autonómica impone la exigencia de la analogía de los fines de las fundaciones que pretenden fusionarse, requisito este que no figura en la Ley estatal 50/2002, mientras que el artículo 37.3 del mismo texto legal, permite la fusión aun en contra de la voluntad del fundador, en tanto que la legislación estatal lo prohíbe, vulnerándose uno de los elementos del contenido básico del derecho de fundación previsto en el artículo 34 CE como es el pleno respeto a la voluntad del fundador. Se trata en ambos casos de cuestiones pertenecientes a la legislación civil, competencia exclusiva del Estado, no pudiendo aquellas Comunidades Autónomas que carecen de Derecho civil foral establecer una regulación propia al respecto.

El Letrado de la Comunidad Autónoma de La Rioja entiende que no se ha producido invasión de la competencia estatal en materia de legislación civil en tanto en cuanto se han legislado aspectos tangenciales sobre la fusión de fundaciones con respeto de las bases establecidas en la legislación estatal vigente y, además, con apoyo en la competencia asumida estatutariamente.

El Tribunal estima el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declara nulos los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007 por no adecuarse al orden constitucional de competencias.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. —Al ser el de fundación un derecho reconocido en el artículo 34 CE, corresponde al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los fundadores en su ejercicio (artículo 149.1.1 CE), de igual modo que el establecimiento de las normas que en materia de fundaciones versen sobre sus aspectos civiles, ya que la competencia legislativa corresponde al Estado salvo que la Comunidad Autónoma tenga derecho civil propio en esta materia (artículo 149.1.8 CE), situación en la que no se encuentra La Rioja. Siendo, por tanto, relevante para precisar la competencia determinar la naturaleza de las normas sobre la fusión de fundaciones, concluye el Tribunal a favor de su carácter civil: el derecho de fundación se regula inmediatamente después del derecho a la propiedad privada y del derecho a la herencia (artículo 33 CE), instituciones de carácter marcadamente jurídico privado y en cuyo contexto constitucional se inserta el artículo 34 CE, reforzándose uno de sus rasgos identificativos como es el de ser una manifestación de la autonomía de la voluntad del sujeto respecto del destino de sus bienes a través de la constitución de un especial tipo de persona jurídica que garantice el cumplimiento de los fines deseados. Estas entidades, a pesar de estar sometidas, en algunos aspectos, a normas de Derecho público, son instituciones de Derecho privado, y así también lo es, en concreto, la regulación de la fusión de las fundaciones, que se inserta de lleno en el ámbito de la autonomía privada del fundador y presenta, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil, como reconoce también la Ley estatal de fundaciones.

A mayor abundamiento, la Comunidad Autónoma de La Rioja no solo no se ha limitado a reproducir las normas estatales sobre fundaciones sin la necesaria competencia legislativa, sino que, además, los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la referida norma autonómica vulneran los principios básicos sobre los que se asienta la normativa estatal. Se observa una significativa divergencia entre ambas legislaciones, toda vez que, por una parte, la Ley 1/2007 exige que las fundaciones que vayan a fusionarse, por acuerdo de sus respectivos patronatos, cuenten con fines análogos —requisito que no se observa en la Ley de 2002 y que pone el límite en la no prohibición del fundador— y, por otra, permite la fusión a pesar de la prohibición del fundador si es la única manera de evitar su liquidación, cuando la norma estatal, en aras al respeto de la voluntad del fundador, excluye toda posibilidad de fusión en los casos en que haya sido prohibida.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Especial), de 19 de julio de 2013. Ponente: D. José M.^a del Riego Valledor

En el mismo sentido, SSTs de 9 de julio de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a y de 6 de noviembre de 2013; Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a).

Compatibilidad del cargo de juez o magistrado con el desempeño de cargos directivos en fundaciones públicas o privadas: exigencia de previa obtención de compatibilidad: de la CE y la legalidad vigente, solo existen obstáculos en el caso de vinculación de la entidad fundacional con una mercantil: restricción al derecho de fundación improcedente.

HECHOS.—La Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria interpone recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Judicial, impugnando una serie de preceptos, entre los que se encuentra el relativo a la compatibilidad del cargo de juez o magistrado con el desempeño de cargos directivos en fundaciones públicas o privadas, que exigirá la previa obtención de la compatibilidad, por entender que se trata de una ampliación del supuesto de incompatibilidad previsto por el artículo 389.9 LOPJ, careciendo el Consejo General del Poder Judicial de competencia para ello. El Tribunal Supremo estima el recurso en este punto.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 34 CE reconoce el derecho de fundación para fines de interés general y el artículo 53.1 del mismo texto reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Título I, entre los que se encuentra el de fundación, especificando que dichas normas legales deben en todo caso respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades. Por su parte, ni el artículo 8 de la Ley 50/2002 ni la LOPJ imponen ninguna limitación al derecho de fundación por parte de los jueces y magistrados ni exigen la previa obtención de compatibilidad.

Es incompatible con la función judicial el desempeño de cargos directivos en fundaciones pero no en todo caso, sino solo respecto de la que existe una vinculación con una entidad mercantil en sentido amplio. Sin perjuicio de los instrumentos de control que pudiera articular el Consejo General del Poder Judicial, se trata de una cuestión de perfiles inciertos en los que se exige una labor de exégesis para delimitar la vinculación más o menos directa con la entidad mercantil a los efectos que interesa, de lo que resulta evidente que dicho artículo reglamentario en cuanto exige una previa obtención de compatibilidad para el desempeño de cargo directivo en cualquier fundación, incluso las no comprendidas en el artículo 389.9 LOPJ, introduce una medida que supone materialmente una restricción al derecho de fundación, excediéndose el ámbito de incompatibilidades que de forma cerrada y taxativa impone el citado precepto.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a), de 12 de noviembre de 2012. Ponente: D. Enrique Lecumberri Martí

Capacidad procesal de la Fundación: formación correcta de la voluntad de la misma mediante el acuerdo por mayoría suficiente de los Patronos, según Estatutos: capacidad para el ejercicio de la acción existente.

HECHOS.—La *Fundación de Ayuda a los Niños Superdotados de Canarias* interpone recurso contra la Orden dictada por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, recurso que es estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Recurre entonces la Administración Pública de la citada Comunidad Autónoma en casación, alegando de nuevo, de manera previa a otros motivos de fondo, infracción por parte de la entidad fundacional en cuanto al régimen de formación de la voluntad del Patronato para el ejercicio de la acción judicial. El Tribunal Supremo confirma lo fallado por el órgano que dictó la resolución recurrida desestimando el recurso de casación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—En lo que aquí interesa, queda probado que se aportó certificación del Acta de la reunión extraordinaria en la que se acordó la impugnación de la Orden a que se refieren las actuaciones, acordándose por mayoría de los miembros (patronos) que deben adoptar dicha decisión, a la vista de los Estatutos: en el Acta, debidamente firmada por la Secretaria y Patrona de la Fundación, consta la asistencia del Presidente y de la Secretaria o Vicepresidenta (ostentaba ambos cargos), los dos Patronos de la Fundación según consta en la escritura fundacional, siendo en total el número de Patronos de 3, por lo que el voto favorable de dos de ellos supone la mayoría suficiente para la adopción del acuerdo indicado. En definitiva, se constata la correcta formación de la voluntad de la Fundación y la capacidad procesal para ello.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 29 de marzo de 2012. Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez

Cuestión de competencia: las fundaciones no forman parte de los supuestos recogidos en el artículo 9.c) de la LJCA bajo la genérica denominación de Organismos Públicos: aplicación del artículo 10.1.m) de la LJCA: competencia del Tribunal Superior de Justicia.

HECHOS.—El Gobierno Vasco interpone recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo contra una convocatoria de asignación de recursos de la *Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales*. El Juzgado de lo Central se declara incompetente para conocer de este recurso al considerar que el acto impugnado es una resolución dictada por una Fundación, persona jurídica incluida en el artículo 44 de la Ley 50/2002 y que, en su condición de persona jurídica, no puede ejercer potestades públicas, por lo que no tiene cabida en el artículo 9.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que no recoge las Fundaciones. Concluye que la competencia objetiva corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, órgano que no comparte el planteamiento pues entiende que la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales es una entidad perteneciente al sector público estatal de forma que se incardina en el referido artículo 9.c), aunque no pueda considerarse Administración u Organismo Público.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión de competencia que la misma corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 9 de la LJCA no recoge a las Fundaciones dado que el apartado c) del mismo, bajo la denominación genérica de Organismos Públicos, regula los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales, sin que las Fundaciones formen parte de ninguno de esos dos grupos. Conforme al artículo 2.1 de la Ley 50/2002, se trata de organizaciones con personalidad jurídica constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadoras, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Por lo tanto, atendiendo a las competencias que atribuye el artículo 10.1.m) de la LJCA a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia («cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional»), la competencia discutida corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 9 de julio de 2013. Ponente: D. Manuel Fernández-Lomana García

Fundaciones del sector público: fundación de ámbito catalán: se excluye la aplicación en este aspecto de la norma estatal: ausencia de definición de «fundación del sector público» en la normativa específica de fundaciones en Cataluña pero sí en la regulación presupuestaria: decisión en base a criterios como la vinculación de la Generalidad con los derechos de voto de los órganos de gobierno, con los presupuestos o con los precios de los servicios: fundación del sector público.

HECHOS.—EL Comité de Empresa de la *Fundacio Universitaria per a la Universitat Oberta de Catalunya* interpone demanda contra la *Fundacio Universitaria per a la Universitat Oberta de Catalunya* (FUOC) sobre conflicto colectivo en relación a la reducción de las retribuciones del personal del sector público como consecuencia de la supresión de varias pagas. El Comité sostiene la no aplicación de tales medidas por no incluirse la FUOC dentro del sector público. La Audiencia Nacional, sin embargo, concluye lo contrario desestimando la demanda.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Para determinar si la FUOC pertenece o no al sector público no resultan de utilidad los artículos 44 a 46 de la Ley 50/2002 pues no tienen carácter básico y son únicamente aplicables a las fundaciones estatales. Atendiendo a la normativa dictada por el Parlamento catalán sobre la materia, cabe decir que la primera y única vez que una norma sobre fundaciones ha definido cuándo una persona jurídica sin ánimo de lucro pertenece al sector público ha sido la Ley 4/2008, pues la mención fue suprimida en la posterior Ley 7/2012. Esta ausencia de regulación no implica que no existan fundaciones pertenecientes al sector público, aquellas en las prevalezca el elemento público y, en consecuencia, se

tengan que someter a una serie de límites contables, presupuestarios y de control que garanticen la transparencia y uso adecuado de los fondos públicos.

En este sentido, si bien la Ley de Cataluña que regula las fundaciones no define lo que debe entenderse por fundación del sector público, sí que lo hace su normativa presupuestaria, recurriendo a criterios como que su actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, entes territoriales u otros organismos de Derecho público; que su gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, dirección o de vigilancia compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, entes territoriales u otros organismos de Derecho público, entre otros. Atendiendo a estos criterios, el órgano jurisdiccional concluye a favor de considerar la FUOC como fundación del sector público dada la mayoría, directa o indirecta, de la Generalidad en los derechos de voto de los órganos de gobierno o el patronato; el hecho de que sus presupuestos estén expresamente recogidos en la Ley de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña; así como que el precio de matrícula no se decida libremente por la Universidad sino por Decreto de la Generalidad, discutiéndose la liquidaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 24 de abril de 2013. Ponente: D. José Luis Requero Ibáñez

Inscripción de fundaciones: la Orden Ministerial que inscribe la fundación es recurrible en reposición por ejercer el Ministro las funciones de Protectorado y tratarse de un acto que pone fin a la vía administrativa. Fundación promovida por entidad dedicada a una actividad ilegal: recursos económicos con origen ilícito y voluntad fundacional enviada.

HECHOS.—La OID constituye en 1996 la Fundación OID, cuya inscripción se deniega por existir indicios de que los fondos con los que se dota la persona jurídica son de procedencia ilícita (venta de cupones de lotería ilegal), no concurriendo una razón de interés general en su actividad. Al amparo de la Ley de Fundaciones, en 2011, la SOID —grupo de empresas y asociaciones aglutinadas en torno a la OID— otorga como fundadora escritura de constitución de la Fundación SOID (*Fundación Social Organización Integración de Discapacitados*). A instancia del informe del Protectorado se rectifica alguna mención del artículo de los Estatutos que prevé los recursos económicos.

La Orden por la que se clasifica esta entidad y se inscribe en el Registro de Fundaciones es recurrida por la ONCE, recurso de reposición que se estima por Resolución del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. El razonamiento se basa en la íntima conexión entre la composición y actividades de la Fundación y la OID así como el dudoso origen de los fondos aportados por la SOID, lo que lleva a pensar que el ánimo de la persona jurídica fundacional es canalizar determinados ingresos provenientes de la actividad ilícita del juego.

Contra esta resolución interpone la Fundación SOID recurso contencioso-administrativo, alegando la imposibilidad de declarar la nulidad de pleno derecho de la referida Orden por ser la inscripción firme y ser necesaria la intervención judicial para ello así como, en cuanto al fondo, por basarse en meras sospechas al tratarse de personas jurídicas diferenciadas y haber modificado la Fundación sus estatutos en lo relativo a obtención de recursos económicos. El recurso es desestimado por la Audiencia Nacional.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El Ministro ejerce las funciones de Protectorado (artículo 40.3 Reglamento de Fundaciones), sus actos ponen fin a la vía administrativa y, no siendo firmes, son recurribles en reposición. Es posible, pues, declarar la nulidad de pleno derecho de la Orden que ordena la inscripción de la Fundación SOID sin que se pueda concluir que la Administración ha ejercido la potestad de Protectorado con una finalidad distinta de la deducible de la Ley de Fundaciones, suplantando la acción de los tribunales.

No se ignora la distinta personalidad jurídica de la OID y de la SOID aunque es cuestión pacífica que la primera, no solo está en el seno del grupo de la segunda, sino que es la entidad más relevante de la misma, de igual modo que es evidente que la SOID promueve la Fundación SOID. Por lo tanto, hay que concluir que realmente la OID promueve la Fundación SOID, máxime cuando se da la coincidencia de personas en los órganos directivos. Aunque se hayan modificado formalmente los estatutos a instancias del Protectorado en lo que a recursos económicos se refiere, si se prueba que la actividad de relevancia es el juego ilegal, hay que deducir que estos recursos tendrán un origen ilícito, además de que se envicia la voluntad fundacional cuando quien funda es una entidad dedicada a una actividad ilegal.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 27 de febrero de 2013. Ponente: D. José Luis Requero Ibáñez

Jurisdicción administrativa: fundaciones del sector público: no se deduce de los Estatutos la constitución con aportación mayoritaria de la Administración Pública ni que su patrimonio fundacional esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades: falta de jurisdicción.

HECHOS.—Área 10, Formación Continua, S.A. interpone en el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo recurso jurisdiccional contra la desestimación por silencio administrativo de su reclamación interpuesta contra la Resolución de la *Fundación Laboral de la Construcción*, mediante la que se sanciona a la mercantil con la retirada total de la homologación de la formación preventiva en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del sector de la Construcción. El Juzgado Central declara su falta de jurisdicción para el recurso contencioso-administrativo por no tratarse la *Fundación Laboral de la*

Construcción de Administración Pública según la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la Ley de Fundaciones.

Dicho auto que es apelado por Área 10, Formación Continua, S.A., quien considera que la entidad fundacional es cesionaria de una función pública delegada y actúa como agente colaborador pues homologa centros formativos y expide la tarjeta profesional de la construcción. La Fundación apelada alega que no tiene la consideración de Administración, tratándose de una fundación de carácter laboral, constituida y gestionada enteramente por entidades privadas y que se rige por el Derecho Privado.

El órgano jurisdiccional desestima el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La citada Fundación es el organismo paritario previsto por los firmantes del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción que se rige por sus Estatutos y por la Ley 50/2002. Si bien se previó que se financiaría fundamentalmente con aportaciones de las Administraciones Públicas, no se está ante una Administración Pública de las previstas en el artículo 43.1 de la Ley 6/1997 ni puede deducirse que, en virtud del artículo 4 de la Ley estatal de fundaciones, se haya constituido con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, así como tampoco que su patrimonio fundacional esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Tampoco por el ámbito en el que se toma el acuerdo se puede deducir que se esté ante un sujeto de Derecho Administrativo ni dictado por una Administración o ente instrumental de la misma, al ser una decisión adoptada en un ámbito convencional, al margen de cual sea la procedencia de los fondos para actividades formativas.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 11 de febrero de 2013. Ponente: D. Ángel Arozameña Laso

Autocontratación: transcurso de más tres meses desde la presentación de una primera solicitud de autorización sin recaer resolución expresa: concesión por silencio administrativo. Justificación de los motivos y detalles financieros del negocio jurídico que da lugar a una segunda solicitud de autorización: autocontratación procedente.

HECHOS.—La *Fundación Promete*, que tiene entre sus fines la promoción, desarrollo, protección y fomento de estudios e investigaciones sobre temas y actividades culturales, musicales, deportivas y científicas, y cuyo órgano de gobierno es un Patronato integrado por varias entidades mercantiles, interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Ministra de Cultura por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto a su vez por la Fundación contra la Resolución denegatoria de dos autocontrataciones. Se trata, por un lado, de una primera solicitud de autorización de autocontratación consistente en la compraventa de activos por parte de la Fundación al

Instituto Innovación Educativa (coste de 632.000 euros) y el negocio vinculado a la aprobación consistente en el contrato de préstamo por igual cuantía entre la entidad sin fin de lucro (prestataria) y D. Nicolás (prestamista). Por otro, de una segunda solicitud de autorización para la formalización de otro contrato de préstamo (120.000 euros) entre la Fundación, en calidad de prestataria y D. Nicolás, de prestamista.

La Audiencia Nacional estima el recurso interpuesto por la entidad fundacional dejando sin efecto la denegación de la solicitud de autocontrataciones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 34.2 del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal establece respecto a la autocontratación que el Protectorado resolverá y notificará la resolución en el plazo de tres meses, entendiéndose estimada la solicitud si, transcurrido dicho plazo, no hubiese recaído resolución expresa ni hubiese sido notificada. La Administración yerra en el cómputo de los plazos a la hora de considerar el inicio del procedimiento puesto que la segunda solicitud de autorización de autocontratación nada tiene que ver con la primera petición y, por tanto, debe tramitarse, a los efectos del cómputo del plazo, de manera autónoma e independiente. Respecto de la primera solicitud de autorización de autocontratación (compraventa y préstamo vinculados), se habría excedido el plazo de tres meses sin recaer resolución expresa y la autocontratación solicitada ha sido estimada por silencio administrativo.

En cuanto a la solicitud del negocio jurídico independiente del anterior, el préstamo por un máximo de 120.000 euros, si bien se vuelve a producir la situación de autocontratación entre D. Nicolás y la Fundación, lo es por causas diferentes, en este caso, por la necesidad de obtener liquidez inmediata para hacer frente a los gastos corrientes y proyectos. El ofrecimiento que realiza D. Nicolás con la formalización de este nuevo préstamo en condiciones tan ventajosas se debe a la implicación que él mismo tiene en el proyecto que comienza a tomar forma en la Fundación. Con estos razonamientos y el detalle de la operación de préstamo en la Memoria para la adquisición de financiación de la entidad, quedan despejadas, a juicio del órgano jurisdiccional, las dudas que pudiera haber suscitado la operación en la Administración.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 12 de diciembre de 2012. Ponente: Dña. Ana María Sangüesa Cabezudo

Legitimación para entablar acciones en representación de una fundación: no es suficiente con el poder general para pleitos que atestigua la representación: es necesario acreditar la decisión de litigar tomada por el Patronato y certificada por el Secretario: legitimación inexistente.

HECHOS.—La *Fundació Pia Autònoma Institut Pere TArrés D'Educació en L'Esplai* interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad por la que se declara el incumplimiento parcial de la justificación de la aplicación de una sub-

vención percibida. La Abogacía del Estado, en lo que aquí interesa, se opone al recurso alegando causa de inadmisibilidad toda vez que la demandante aporta escritura de poder general para pleitos que acredita la representación que ostenta D. Víctor Manuel, Director General de la Fundación, pero no la voluntad de la misma para entablar acciones, sin que a tales efectos sea suficiente el documento que se presenta en el trámite de subsanación, suscrito por el propio Director, y que vuelve a remitir a las facultades generales de representación que le fueron atribuidas por acuerdo del Patronato. La Audiencia Nacional estima la causa de inadmisibilidad.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Una cosa es el poder de representación, que solo acredita que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado y otra distinta la decisión de litigar, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad, lo que permite verificar que la entidad ha tomado el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin. Para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso e inequívoco del representado.

La Ley 50/2002 establece que el órgano de gobierno y representación de la Fundación es el Patronato, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en sus Estatutos, correspondiendo la certificación de dichos acuerdos al Secretario. A pesar de que el Director asegura haber adoptado acuerdo para recurrir, tal acuerdo no se ajusta a las normas legales porque, ni certifica el órgano a quien compete tal facultad, ni se justifica la voluntad del Patronato mediante la aportación de la escritura en la que consten las facultades del Director de la Fundación o los Estatutos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 2 de octubre de 2013. Ponente: D. José Ramón Chaves García

Fundaciones públicas: doctrina de la «huida del Derecho Administrativo», cuyos excesos provocaron la necesidad de hacer extensivas a estas fundaciones cierta legislación administrativa sectorial: sin embargo, no se tratan de Organismos Públicos de la LOFAGE sino que están sujetas al ámbito de regulación de la Ley 50/2002.

HECHOS.—D. Leonardo, quien había prestado servicios en la *Fundación para o Desenvolvemento da Comarca da Terra Chá*, interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Subdirección General de Gestión Administrativa de Personal de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Solicita que se anule dicha resolución y se le reconozcan los servicios prestados en la persona jurídica fundacional para el cálculo de antigüedad a los efectos de trienios con el argumento de la naturaleza de Administración Institucional de la Fundación. El Tribunal desestima el recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Resulta incontrovertido que la *Fundación Terra Chá* es una Fundación instrumental de la Xunta de Galicia y, como tal, una entidad con personalidad jurídica propia y diferenciada y sujeta al Derecho privado en toda su extensión. La condición pública de la Fundación se evidencia en el desempeño por altos cargos autonómicos de la Presidencia de su Patronato y Dirección Ejecutiva, en la financiación final con los fondos autonómicos, en sus fines de interés público, en su anotación registral con carácter público y el uso de imagen corporativa, entre otros. Las Fundaciones del sector público pertenecen a lo que doctrinalmente se ha calificado como «huida del Derecho Administrativo», o técnica para reclamar la aplicación del Derecho privado con mayores cotas de flexibilidad que el Derecho público, y cuyos excesos provocaron la corriente calificada gráficamente de «persecución del Derecho Administrativo» y que se expresa en la vocación de la legislación sectorial de extender tímidamente su manto aplicativo a tales entes instrumentales.

Sin embargo, solo en generosos términos retóricos y con amplia flexibilidad doctrinal cabe englobar las fundaciones públicas bajo la etiqueta de Administración Institucional pues cuando la LOFAGE se refiere a los Organismos Públicos deja fuera de su ámbito a las Fundaciones Públicas, cuya regulación es la Ley 50/2002, de Fundaciones (arts. 44 a 46), o sus homólogas autonómicas para su respectivo ámbito.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 de julio de 2013. Ponente: D. Juan Carlos Zapata Hajar

Extinción de una fundación: existencia de patrimonio suficiente para cumplir con el fin fundacional: no concurre causa de extinción. Devolución de la aportación inicial y reparto del resto de los bienes: contrario al ordenamiento jurídico y a los Estatutos.

HECHOS.—El Colegio de Procuradores crea la *Fundación Generoso Peiré* para ayudar a los colegiados y sus familiares que tengan necesidades asistenciales en estado de jubilación, invalidez o fallecimiento, acordándose una aportación inicial de cada colegiado y posteriores del Colegio para su sostenimiento, siendo esto último imposible después de que en 2009 se impidiera legalmente que las Corporaciones hicieran aportaciones dinerarias a estas Fundaciones, hecho que provoca que se acordara la extinción de la entidad fundacional y el reparto de las aportaciones iniciales de cada colegiado y el resto en proporción a la antigüedad y proporción. El Protectorado no ratifica este acuerdo por no existir causa para liquidar por imposibilidad de realización del fin fundacional (patrimonio de 136.000 euros) y por no ser posible la liquidación del patrimonio resultante de la forma prevista, contraria a los Estatutos y al ordenamiento jurídico. Contra esta actuación recurre la persona jurídica fundacional, recurso que es desestimado por el órgano jurisdiccional.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Los artículos 31 y 32 de la Ley de Fundaciones recogen las causas y formas de extinción de las mismas, requiriéndose para este supuesto de hecho acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado o, en defecto, resolución judicial motivada. No concurre aquí causa de extinción por falta de fondos para atender a las necesidades sociales y asistenciales que imponen los Estatutos si aún resta patrimonio suficiente para estas actividades para las que se creó la Fundación.

En cuanto a la liquidación de la entidad, el artículo 33 del citado texto indica el destino posible de los bienes y derechos resultantes y, si bien se permite a los Estatutos prever el fin de los mismos, la devolución de la aportación inicial y el reparto del resto no se ajusta a los establecido en el artículo 33 de los Estatutos que señalan como destinatario al Il. Colegio de Procuradores de Zaragoza y, en su defecto, a la Fundación o Entidad no lucrativa de decida el Patronato. Se vulnera claramente este precepto sin que el reparto propuesto sea una prestación que se base en necesidad alguna de conformidad con los fines fundaciones del artículo 3 de los Estatutos, sino un simple intento de justificar una propuesta de liquidación que no se atiene a las normas de funcionamiento de la Fundación.

A la vista de lo expuesto, el Protectorado no solo no se ha excedido de sus funciones en el control de la extinción y liquidación de la Fundación, sino que si no lo hubiera hecho hubiera incumplido las normas aludidas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 31 de mayo de 2013. Ponente: D. Mariano Espinosa de Rueda Jover

Deducción por donativos a entidades sin fines de lucro: sustitución de la Ley 30/1994 por la Ley 49/2002: régimen fiscal especial del Título II de carácter opcional: no ejercicio de la opción: deducción improcedente.

HECHOS.—Un entidad mercantil interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Murcia que confirma la liquidación provisional por Impuesto de Sociedades del ejercicio 2004, de la que resulta una deuda como consecuencia de eliminar las deducciones por donativos a entidades sin fines de lucro aplicadas por la aportación a una Fundación. El Tribunal desestima el recurso, confirmando la liquidación por ser ajustada a Derecho.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La fundación receptora de las aportaciones está clasificada como tal Fundación de carácter sanitario e inscrita en el Registro de Fundaciones Asistenciales. Si bien presentó en 2002 solicitud de acreditación en los términos previstos en el artículo 46 de la Ley 30/1994, requisito para disfrutar de los beneficios fiscales establecidos en el Título II de la norma citada, en el período en que se aplicaron las deducciones en el supuesto enjuiciado (2004) ya regía la nueva normativa (Ley 49/2002) y, por consiguiente, la aplicación del régimen especial estaba condicionado al cumplimiento de todos los requisitos exigidos al mismo.

Siendo un régimen voluntario podían aplicarlo las entidades que cumplieran los requisitos exigidos en la norma de 2002, que hubieren optado por él y hubieren comunicado la opción a la Administración tributaria a través de la declaración censal, aplicándose entonces este régimen especial al período impositivo que finalizase con posterioridad a la fecha de la presentación de la declaración censal en que se tuviera la opción y a los sucesivos. Dado que se trataba de un régimen opcional y que el obligado tributario no ejercitó su opción hasta 2007, a la fundación del supuesto de hecho no le era de aplicación el régimen fiscal establecido en el título II de la Ley 49/2002, no habiendo por tanto lugar a la aplicación de las deducciones en él previstas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 10 de octubre de 2012. Ponente: D. Antonio Ezquerro Huerva

Constitución de una fundación: legitimación de la Comunidad de Regantes para ser fundadora por ser una entidad jurídico-pública sin prohibición al respecto; fines fundacionales en consonancia con las funciones de la Comunidad de Regantes; no es un problema sino un requisito que los beneficiarios no sean los propios comuneros: acuerdo para la constitución de la persona jurídica fundacional válido.

HECHOS.—Una Comunidad de Regantes adopta por mayoría el acuerdo de constituir una fundación, la aprobación de sus estatutos así como el nombramiento de los miembros de su Junta de Gobierno. Dos de los comuneros interponen recurso ante la Confederación Hidrográfica del Ebro, interesando la anulación de dicho acuerdo, recurso que es estimado por falta de legitimación de la Comunidad de Regantes para constituir fundaciones, por la ajeneidad de los fines fundacionales respecto de los que la legislación atribuye a las Comunidades de Regantes y, por último, por no ser los beneficiarios exclusivamente los regantes comuneros sino toda la población en la que se ubica la Comunidad.

La Comunidad de Regantes interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro. El Tribunal Superior de Justicia estima el recurso y anula la citada Resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 8.4 de la Ley 50/2002 consagra una suerte de legitimación genérica para que las personas jurídico-públicas puedan constituir fundaciones salvo que la normativa específica se lo prohíba. Ni de la legislación general de aguas ni de las ordenanzas de la Comunidad de Regantes se deduce prohibición alguna en tal sentido, con lo que hay que concluir reconociendo la legitimación de dicha Comunidad de Regantes —corporación de Derecho público y entidad jurídico-pública— para la constitución de fundaciones.

Respecto del encaje de las concretas funciones asignadas a la Fundación controvertida con las propias de la Comunidad de Regantes, los fines no resultan ajenos a la actividad comunitaria pues tienen que ver con la gestión de las aguas, la agricul-

tura y la ganadería, si bien en sus vertientes formativas, educacionales y divulgativas. Restringir las funciones de una supuesta fundación a las que han de desempeñar las Comunidades por imperativo legal —vinculadas todas ellas al aprovechamiento hidráulico del que son concesionarias— conduciría al contrasentido de negar cualquier posibilidad de crear dicha fundación pues supondría atribuir el desempeño de dichas funciones públicas.

En cuanto a la circunstancia de que los beneficiarios de la fundación controvertida no sean los propios comuneros, no solo no es un obstáculo para la validez de la constitución, sino que ha de reputarse como condición indispensable para dicha validez: el artículo 3.2 de la Ley 50/2002 señala que en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusivo, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª), de 13 de junio de 2013. Ponente: Dña. María Fe Ortega Mifsud

Responsabilidad de los miembros del Patronato: responsabilidad derivada de acto contrario a la Ley o a los Estatutos: necesario desconocimiento o conducta positiva a evitar el daño: inactividad de la Fundación más allá de su constitución: responsabilidad de la Secretaria inexistente.

HECHOS.—Desde la inscripción en 2006 en el Registro de Fundaciones de la *Fundación Venezolana Española de la Comunidad Valenciana*, ésta no ha presentado cuentas ni presupuestos anuales ni existe constancia de su funcionamiento ni del cumplimiento de sus fines fundacionales. Instado el expediente de extinción, no consta el destino que los Patronos han dado a la dotación de la Fundación, formulando la Generalitat Valenciana demanda contra la Fundación, instando su extinción, y contra los Patronos, para que rindan cuentas al Protectorado de su administración. La sentencia de instancia estima la demanda, formulando recurso de apelación Dña. Valle, la Secretaria del Patronato, única demandada no declarada en rebeldía. La recurrente niega su responsabilidad por no haber ostentado en la práctica el cargo (al que había accedido ante una situación precaria y el ofrecimiento de un trabajo como secretaria a cambio de su colaboración en la persona jurídica fundacional), pues el Patronato delegó todas las facultades en su Presidente. El recurso es estimado por la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Teniendo en cuenta lo dispuesto respecto del Secretario del Patronato en la Exposición de Motivos de la Ley 50/2002, y a la vista de los artículos 14 y 15 del mismo texto legal, así como del 17, referentes a los órganos de Gobierno de la Fundación y la responsabilidad de los patronos, respectivamente, el órgano jurisdiccional manifiesta que del patrono se espera una conducta activa pues a la Ley de Fundaciones no le basta con que no haya intervenido en la adopción de un acuerdo que cause perjuicios a la entidad sino que exi-

ge su desconocimiento y, si lo conocía, su decidida conducta positiva desarrollando todo lo necesario para evitar el daño. La actividad de la apelante como Secretaria queda reducida a los actos fundacionales pues más allá de la constitución de la Fundación no existió actividad alguna. La responsabilidad deriva de un acto contrario a la Ley o a los Estatutos, no constando, sin embargo, que en los documentos constitutivos —escritura— hubiera tal acuerdo o acto, por lo que ninguna responsabilidad se le puede exigir.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), de 10 de junio de 2013. Ponente: D. Pedro Antonio Pérez García

Responsabilidad de los patronos: no cabe la aplicación analógica de las reglas de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles por faltar la igualdad jurídica entre ambos supuestos: la responsabilidad de los patronos debe ser menos rigurosa que la de los administradores: cargo gratuito, falta de preparación técnico-jurídico: responsabilidad inexistente.

HECHOS.—La Fundación Asza Aragón Accesible interpone demanda contra D. Armando, Presidente y Patrono de la misma, solicitando indemnización por un acuerdo adoptado respecto del contrato de trabajo de una empleada que dio lugar a una posterior reclamación laboral. El Tribunal de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a D. Armando, corriendo la misma suerte el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Con cita de los artículos 17 de la Ley 50/2002, 13 del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal y los artículos 20 y 24 de los Estatutos de la Fundación del supuesto de hecho, todos ellos referidos a las funciones y responsabilidad de los patronos y el Presidente del Patronato, no puede apreciarse que concurren los presupuestos exigidos por el artículo 4.1 del Código civil para la aplicación analógica a los patronos de la fundación de los artículos 133, 135 y 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, sobre responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles por faltar la igualdad o similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el ya regulado y debiendo ser menos rigurosa la responsabilidad exigible a los patronos que a los administradores. Para llegar a esta conclusión, se tiene en cuenta el carácter gratuito con el que el demandado prestaba sus servicios a la Fundación actora, su falta de preparación técnico-jurídica para la adopción del acuerdo objeto de controversia y la acreditación de que, además de haber actuado correctamente, la tramitación material de las decisiones a ejecutar debería corresponder a la gestoría contratada al efecto, excediendo la ejecución del acuerdo de las competencias propias del demandado, esencialmente representativas y de alta dirección.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3.ª), de 30 de mayo de 2013. Ponente: D. Jesús Souto Herrerros

Contrato de cesión de uso: bien directamente vinculado con el fin fundacional, gravamen del bien con cesión gratuita, no autorización preceptiva del Protectorado: nulidad radical del contrato.

HECHOS.—El Patronato de la *Fundación San Miguel* interpone demanda contra una entidad mercantil entendiendo que el contrato de cesión de uso de un inmueble que se había llevado a cabo entre ambas personas jurídicas es nulo de pleno derecho por no haber atendido al cumplimiento de determinados requisitos exigidos en la Ley de Fundaciones. La demanda se desestima en Primera Instancia, siendo estimado, sin embargo, el recurso de apelación que interponen los demandantes-recurrentes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Es aplicable al supuesto de hecho la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas del artículo 6.3 del Código civil, en relación con el artículo 21.1.2 de la Ley 50/2002, referente a los requisitos para la enajenación y gravamen de bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén especialmente vinculados con el cumplimiento de los fines fundacionales, regulación que pretende hacer efectivo el sometimiento de las fundaciones a la tutela y protección de los poderes públicos, como garantía de cumplimiento de la voluntad fundacional, dirigida a la consecución de un interés general o público. El hecho de que bien objeto de litigio esté directamente vinculado al cumplimiento de los fines fundacionales, que el acto de otorgamiento del contrato de cesión de uso no contara con la autorización preceptiva del Protectorado y que dicho negocio jurídico supone un claro gravamen del bien —se procede a la cesión gratuita del inmueble sin cobrar renta simplemente a cambio de que el cesionario cumpla las obligaciones propias de un arrendatario, durante 25 años prorrogables— lleva consigo la nulidad radical del contrato pues con este hecho se ha dejado sin efectividad una norma que persigue un fin que trasciende más allá de cuestiones estrictamente económicas puesto que va dirigido a la protección del interés público. Puede entenderse, asimismo, vulnerada la norma prohibitiva del artículo 1548 del Código civil, entendiendo aquí por administradores del bien a los Patronos de la Fundación y por poder especial la preceptiva autorización del Protectorado.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5.^a), de 11 de marzo de 2013. Ponente: Dña. Covadonga Sola Ruiz

Derecho de uso sobre finca propiedad de una Fundación: no constituye un mero acto de gestión sino un derecho impuesto a voluntad del fundador a favor de terceros y elevado a público: no cabe modificación unilateral posterior; las normas de uso a favor de terceros no son contrarias al artículo 3.2 de la Ley 50/2002 ni causan perjuicio a la Fundación: derechos de uso vigentes.

HECHOS.—La *Fundación Rubió Tudorí Andrómaco*, constituida en 1987 para el fomento y desarrollo de la cultura, promoción y divulgación de temas científicos y técnicos relacionados con la Isla de Menorca, es adjudicataria, entre otros bienes, de una finca mediante escritura de disolución de la sociedad de la que era socio mayoritario el fundador de la persona jurídica fundacional. El Patronato estaba integrado en parte por personas designadas con carácter personal y vitalicio y en parte por otras designadas por razón del cargo que os-

tentaban, si bien el fundador se reservó para sí la totalidad de las facultades rectoras hasta la fecha de su muerte. En 1993 acuerda el Patronato por unanimidad establecer las normas de uso de la citada finca propiedad de la Fundación, permitiéndose, además de su uso normal por la entidad, el disfrute por parte de la familia del fundador para sus vacaciones y días de ocio. Tras el fallecimiento del fundador, e instituida heredera universal de todos sus bienes la Fundación, el Patronato acuerda en 2001 la anulación de dichas normas de uso por constituir un derecho puramente personal y ser una importante carga financiera para la economía de la entidad fundacional.

Interpone demanda la Fundación interesando que se declare que el derecho de uso sobre la citada finca pretendido por los familiares —demandados— es inexistente y nulo por haber sido revocado por el Patronato de la Fundación y violar mandato expreso de la Ley de Fundaciones. Frente a esto, los demandados oponen que la precaria situación de la persona jurídica se debe a otras causas, que el acuerdo sobre derechos de uso fue adoptado por el Patronato y constituye el establecimiento de una norma impuesta por el fundador que debe ser asumida por la Fundación y que no se trata de un acto ordinario de gestión sino de un acto que estipula derechos a favor de terceros, elevado a público por su Fundador y que constituyó su última y definitiva voluntad, siendo este uso compatible con el uso normal de la finca y costeándose los beneficiarios los gastos que genere su estancia. Niegan, además, que en 2001 el Patronato acordara la anulación de dichos derechos. La sentencia de instancia desestima la demanda, contra cuyo pronunciamiento se alza la parte actora interponiendo un recurso de apelación, recurso que es igualmente desestimado por la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Las normas de uso establecidas por acuerdo del Patronato no constituyen un mero acto de gestión, adoptado por el Patronato, son la constitución de una obligación a favor de terceros que, como acto de disposición llevó a cabo el fundador, vinculando con su voluntad a la propia Fundación, por lo que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código civil, no pueden ser revocadas unilateralmente. Fue voluntad del fundador la de constituir dichas normas de uso y como tal, por sí sola, vincula a la Fundación conforme determina el artículo 2 de la Ley 50/2002, lo que se desprende, no solo del hecho de que el fundador se reservara todas las facultades del Patronato sino también porque dicho acuerdo lo hace no tan solo por las facultades conferidas por acuerdo del Patronato sino también en su calidad de fundador. Por otra parte, los acuerdos posteriores no revelan claramente la intención de revocar las normas de uso sino simplemente evidencian la existencia de desacuerdos entre los patronos al respecto.

Las normas de uso controvertidas no son contrarias a la Ley estatal de Fundaciones pues lo que prohíbe esta norma es que la finalidad principal de la persona jurídica fundacional no sea otra que destinar sus prestaciones a determinadas personas (artículo 3.2), siendo claro en el supuesto de hecho que la finalidad primordial de la Fundación no es amparar dicho uso, que ni siquiera figura en los fines funda-

cionales. Además, no se ha probado el perjuicio económico a la Fundación que alega la demandante siendo el uso particular totalmente compatible con el cumplimiento de dichos fines fundacionales.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), de 25 de enero de 2013. Ponente: D. Javier Seoane Prado.

Gratuidad del cargo de patrono: retribución de la Fundación como patrono no acreditada: sumas recibidas por la Directora de la persona jurídica por la ayuda en la prestación de servicios profesionales: gratuidad no infringida.

HECHOS.—La *Fundación Asza Aragón Accesible* interpone demanda contra D. Héctor, Patrono de la misma, en reclamación de responsabilidad en la gestión y de cantidad, siendo estimada parcialmente la demanda, en la medida en que se condena al demandado al pago de una suma de dinero pero se le absuelve de la declaración de responsabilidad. La Fundación interpone entonces recurso de apelación solicitando que se declarara responsable al recurrido por haber realizado actos contrarios a la Ley o a los Estatutos fundacionales y sin la diligencia con la que se debía representar el cargo, al haber percibido por parte de la Directora de la Fundación pagos mensuales de 200 euros que la misma detraía de los 500 euros que factura mensualmente a la persona jurídica en el marco de un contrato de servicios profesionales, lo que quebranta la gratuidad del cargo de patrono. El demandado, si bien reconoce haber percibido dichas cantidades, niega que fuera en concepto del cargo de patrono sino como retribución por el trabajo que hacía para la Directora. El recurso es desestimado por la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El demandado no percibe cantidad alguna de la Fundación sino de la Directora de la misma, quien admite que D. Héctor trabajó con ella en el desempeño de los servicios que tenía contratados con la actora. No se ha acreditado que el demandado haya percibido suma alguna por razón de su condición de patrono y menos que se hubiera valido de su condición de patrono para imponer la continuación de los servicios profesionales que tenía contratados con la Fundación y con su fundadora.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 6 de noviembre de 2012. Ponente: D. Ángel Márquez Romero

Fundaciones del Sector Público Local: aportación o representación mayoritaria de la entidad local, entidades vinculadas o dependientes; comparte finalidad de servicio público.

HECHOS.—Al hilo de un proceso penal en el que se juzga si determinados hechos son constitutivos del delito de cohecho, se plantea la naturaleza de la *Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla* en aras a concretar la inclusión de algunos en la figura del funcionario público de Derecho penal. La Audiencia Provincial concluye a favor de considerar la citada Fundación como una entidad pública a los efectos de aplicación del artículo 24 del Código penal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La *Fundación Socio-Asistencial Mercasevilla*, constituida por la entidad mercantil Mercasevilla y en cuyo Patronato se asegura una mayoría de cargos de la misma, es una Fundación del Sector Público local, siéndole de aplicación supletoria y analógica los artículos 44 y siguientes de la Ley 50/2002 y los artículos 55 y siguientes de la Ley 10/2005, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Así lo establece el artículo 40 de la Ley 5/2010 de Autonomía Local de Andalucía (y en la misma línea, el artículo 3.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público), según el cual tendrán consideración de fundaciones públicas locales aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria de la entidad local, entidades vinculadas o dependientes o con un patrimonio fundacional que esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por estas entidades, o bien aquellas en las que la entidad local tenga una representación mayoritaria.

Además, la referida Fundación tiene entre sus fines contribuir a la mejora de la prestación del servicio público de mercado mayorista alimentario, compartiendo la función con Mercasevilla, S.A.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª), de 11 de octubre de 2012. Ponente: D. Nicolás Díaz Méndez

Adopción de acuerdos por el Patronato: no está prohibido el voto de calidad del Presidente en los Estatutos; expresamente establecido con carácter imperativo por el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal: nulidad del acuerdo improcedente.

HECHOS.—Se interpone demanda siendo el objeto de la controversia si el voto del Presidente del Patronato es o no privilegiado y solicitando la parte recurrente la nulidad de un acuerdo concreto por considerar que ni los Estatutos ni ninguna norma legal faculta al Presidente para arrogarse el voto de calidad y debiendo operar el silencio en sentido contrario. Los Estatutos fundacionales iniciales expresamente señalaban que el en caso de empate el voto del Presidente sería decisivo, siendo esta mención eliminada en una posterior redacción estatutaria de adaptación a la Ley 50/2002. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de igual modo que la Audiencia Provincial hace con el recurso de apelación que plantean los recurrentes.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 14.1 de la Ley 50/2002 establece que los acuerdos del Patronato se adoptarán por mayoría, remitiendo a los términos establecidos en los Estatutos de la fundación. En el supuesto de hecho existe el vacío de qué ocurre en caso de no conseguirse esa mayoría por resultar empate, lo que puede entenderse en el sentido de que el acuerdo no es aprobado o bien entender el voto del presidente como de calidad, siendo esta última la vía que se establecía en los iniciales Estatutos, que sufrieron una posterior reforma en la que se suprimió la mención. La nueva redacción que se da a los Estatutos, sin embargo, hay que entenderla, no como derogación expresa ni tácita de la anterior sino como meramente reformadora para adaptarlos a la normativa vigente de fundaciones.

A la luz de lo establecido por la Ley 50/2002, no se puede entender el voto de calidad del Presidente como incompatible con el de mayoría, pues viene establecido a modo de solución al supuesto de empate y en aras de facilitar el desarrollo y desenvolvimiento de la Fundación, siendo coherente con las amplias facultades que el propio artículo 17 de los Estatutos atribuye al Presidente, sin que haya razón o fundamento alguno para concluir que aparece prohibido estatutariamente ese voto de calidad. En más, el artículo 11 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal expresamente establece el voto de calidad del Presidente con carácter imperativo, lo que hace que se haya de entender como el sistema más adecuado.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), de 3 de octubre de 2012. Ponente: Dña. Inmaculada Zapata Camacho

Constitución testamentaria de una fundación: incumplimiento de los albaceas del plazo de creación de la persona jurídica nombrada heredera universal: transcurridos más de 30 años sin constitución formal: insuficiencia del patrimonio según normativa vigente al tiempo de constituir: ineficacia de la institución de heredero.

HECHOS.—En testamento se designa heredera universal a la institución cultura privada que, bajo la denominación *Fundación Ramón Torras Huguet* y en el plazo de diez años, habrían de crear sus albaceas universales, falleciendo el testador en 1978. Aceptaron en 1989 los albaceas el cargo y, en la misma escritura, procedieron a inventariar los bienes de la herencia, entregar los legados y a crear la citada Fundación, aprobando sus estatutos, nombrando el primer Patronato que la había de regir y con una dotación cifrada en 12.020.000 pesetas. En 2004, el Presidente de la Fundación solicita la inscripción de la persona jurídica, solicitud ante la que se le indica que para la constitución de una fundación era precisa una dotación inicial de 30.000 euros.

En 2008 interpone demanda la sobrina del testador contra los albaceas vivos en ese momento interesando la declaración de caducado del cargo de los albaceas universales, su rendición de cuentas así como ineficacia del nombramiento de la Fundación como heredera del causante dada la imposibilidad de su constitución como persona jurídica y, por tanto, la ineficacia del testamento. La demanda es estimada, interponiéndose contra ella recurso de apelación por parte de una de las albaceas. Solo se estima el recurso en lo que a imposición de costas a cargo de la recurrente se refiere, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—A pesar de que merece el máximo respeto el principio general de conservación del negocio jurídico del que, en derecho sucesorio, constituye manifestación el del *favor testamentii*, es evidente que tal principio no puede llevar a obviar la aplicación de normas imperativas como la de duración del albaceazgo, máxime cuando tardaron casi once años en aceptar el cargo y después de más de treinta años del fallecimiento del causante, sigue sin haberse constituido la Fundación que habría de adquirir la condición de heredera, siendo absolutamente incierta la posibilidad de que pueda llegar a crearse, agotadas las sustituciones

previstas en el testamento y sobreviviendo solo dos de los tres albaceas a los que de forma mancomunada había encargado el testador constituir la entidad.

En igual sentido cabe argumentar en cuanto a la imposibilidad de que un futuro se llegue a constituir la fundación, vista la insuficiencia de la dotación inicial asignada por los albaceas a partir de las instrucciones del causante. No se puede acoger el argumento de que la libertad de este último para disponer *mortis causa* de sus bienes no puede quedar cercenada por la normativa posterior, cuya variación no pudo prever. En la fecha de interposición de la demanda no solo no se había creado en forma la Fundación ordenada por el causante —la inscripción tiene carácter constitutivo por lo que nula eficacia cabe reconocer a la escritura otorgada por los albaceas en 1989— sino que en virtud de lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 5/2001, resultaba de imposible constitución: se exigía que la dotación inicial, consistente en una aportación de dinero o de bienes o derechos valorables económicamente, libres de cargas que impidan o limiten de una manera significativa su utilidad para la fundación fuera suficiente para llevar a cabo las actividades fundacionales, previsión que el Protectorado había interpretado en el sentido de que era precisa una dotación de, al menos, 30.000 euros.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.^a), de 29 de junio de 2012. Ponente: D. Pablo Quecedo Aracil

Responsabilidad de los patronos exigida por el Protectorado: responsabilidad legal, no responsabilidad extracontractual; el Protectorado no es un tercero: prescripción según el plazo ordinario del artículo 1964 Código civil. Gestión deficiente probada en las actuaciones del Patronato: deficiencias en cuentas anuales, confusión de patrimonio y actividades con los de otra entidad, no cumplimiento de las recomendaciones del Protectorado: responsabilidad existente.

HECHOS.—La Comunidad de Madrid interpone demanda contra la *Fundación Latep Afanías*, solicitando que se declarara su extinción por imposibilidad de realización del fin fundacional, así como contra patronos de la misma por responsabilidad en el desempeño de sus cargos, habiendo omitido la obligación de informar y aclarar acerca de la pérdida de beneficios fiscales, pérdida del patrimonio fundacional e incremento de deudas contraídas por la entidad.

El Juzgado de instancia estima la demanda, resolución que es recurrida en apelación por el Patronato y por Dña. Teresa, miembro del mismo, no en ese momento sino en un período anterior. Los motivos que alega el Patronato se refieren, por un lado, a la prescripción de la acción —argumentando que el Protectorado actúa como tercero ejercitando una acción de responsabilidad extracontractual que está sujeta al plazo del artículo 1986 del Código civil—, y, por otro, de error en la valoración de la prueba de los hechos —al haberse quedado el Patronato en un momento determinado con cuatro miembros y sin poder tomar decisiones, sin que el Protectorado, conocedor de esta situación, tomara medida alguna al respecto—. Por su parte, el recurso de Dña. Te-

resa se centra en que durante su período de gestión no se le puede imputar hecho alguno porque no era patrona.

La Audiencia Provincial desestima el recurso del Patronato y estima el de Dña. Teresa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Respecto del plazo de prescripción. La responsabilidad de los patronos de las fundaciones es una responsabilidad legal y de carácter orgánico, propia y privativa del gestor, por su gestión que se deduce a título de culpa y, en su caso, de dolo, por la mala gestión, por no desempeñar la gestión de los bienes e intereses ajenos con la misma diligencia con que se gestionan los intereses propios (el artículo 17 de la Ley 50/2002 exige la diligencia de un representante leal). No es, por tanto, responsabilidad extracontractual y, no teniendo fijado un plazo especial de prescripción en la Ley de Fundaciones, se rige por el ordinario del artículo 1964 del Código civil. Por otro lado, lo importante para calificar la responsabilidad no está en el elemento subjetivo del que la exija, sino en su naturaleza en función de las relaciones jurídicas de las que nace, no siendo el Protectorado, en todo caso, un tercero sino el órgano supervisor y fiscalizador de las fundaciones, al que deben rendir cuenta de su gestión.

En cuanto a la gestión del Patronato, queda probada su deficiencia por los reiterados problemas con las cuentas, no inscritas en ocasiones por la cantidad de reservas y salvedades opuestas por las auditorías, las recomendaciones del Protectorado no cumplidas, la falta de inventario o de memoria de actividades o la constante confusión con el patrimonio y las actividades de una asociación vinculada, lo que en el ámbito mercantil hubiera supuesto la quiebra fraudulenta. El Patronato no es responsable de las actuaciones anteriores a su toma de posesión pero sí de las posteriores en tanto en cuanto no hicieron nada por resolver, clarificar o poner en orden la situación, sino que siguieron con el oscurantismo de las cuentas sin pedir desde el primer momento la disolución de la persona jurídica fundacional. De esta responsabilidad se exonera a Dña. Teresa en la medida en que los hechos que se persiguen son anteriores a su nombramiento y no parece que participara en ellos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 9.ª), de 28 de mayo de 2012. Ponente: D. Andrés Montalbán Avilés

Contrato de arrendamiento celebrado entre el Vicepresidente y un tercero: cesión de un finca propiedad de la Fundación: los actos que exceden de gestión ordinaria son competencia de la Junta de la Fundación de forma indelegable: arrendamiento por 20 años y destino de la finca limitado por Estatutos, que son vulnerados: nulidad absoluta del contrato.

HECHOS.—D. Juan María, Vicepresidente de la *Fundación de la Comunidad Valenciana López Dols*, celebra con D. Abilio un contrato atípico por el cual la Fundación cedía a este último la finca propiedad de la persona jurídica sin ánimo de lucro durante el plazo de veinte años a cambio de que pusiese la finca en condiciones de ser explotada. La citada Fundación interpone demanda contra D. Juan María y D. Abilio solicitando la decla-

ración de que el dicho contrato se celebró sin conocimiento ni consentimiento de la entidad y que procede declarar su nulidad.

El Juzgado de instancia estima parcialmente la demanda, interponiendo recurso de apelación la Fundación, recurso que es estimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Según los Estatutos de la Fundación, su órgano de gobierno es la Junta de la Fundación, a quien corresponde la representación de la Fundación y que, si bien tiene facultades para delegar, expresamente se dice que son indelegables los actos que excedan de la gestión ordinaria. Un arrendamiento por 20 años excede de las facultades de administración ordinaria con lo que a D. Juan María, aun ostentando el cargo de Vicepresidente y, en el reparto de áreas, teniendo atribuida la competencia sobre la finca litigiosa, ninguna facultad se le atribuía en lo que aquí importa: no puede considerarse que tal atribución incluya la facultad de contratación sobre dicha finca más allá de los actos de simple gestión pues no se dice expresamente y, además, el negocio jurídico que acordó D. Juan María es incompatible con la limitación que contienen los Estatutos en cuanto al objeto de la finca en cuestión (Granja Escuela, Centro de Experimentación Agraria y similares). El contrato está viciado de nulidad absoluta por celebrarse sin tener conocimiento, consentimiento ni autorización de la actora y por quien no ostentaba facultades para obligarla, a lo que se une la abierta vulneración de los Estatutos, que supone dejar sin efecto una disposición que persigue un fin que trasciende más allá de cuestiones estrictamente económicas puesto que va dirigido a la protección del interés público.

Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de junio de 2012. Ponente: D. Juan Galo Carrasbal Onieva

Legitimación para entablar acciones en representación de una fundación: es necesario acreditar la decisión de litigar tomada por acuerdo del Patronato o el equivalente adoptado por el eventualmente apoderado para ello: legitimación inexistente.

HECHOS.—La *Fundación para el Estudio y la Promoción de la Acción Social* interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Junta de Gobierno de la Villa de Bilbao en virtud de la cual se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación de una serie de lotes. El Ayuntamiento recurrido aduce causa de inadmisibilidad del recurso por no haberse acreditado debidamente del cumplimiento de los requisitos para entablar acciones por parte de las personas jurídicas, pues el documento que se presenta es un poder especial dado por el apoderado en nombre de la Fundación. El órgano jurisdiccional inadmite el recurso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La LJCA introduce la obligatoriedad de acompañar al escrito de interposición el documento que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación. El documento que se entrega junto con el escrito de interposición del recurso no sirve para acreditar el cumpli-

miento de los requisitos exigidos ya que no se sabe quién es el otorgante del poder ni en qué términos se confiere y se desconoce si la persona otorgante del poder resulta debidamente facultada para decidir la interposición de la acción judicial.

Está ausente el acuerdo del órgano competente de la persona jurídica que autorice expresamente la interposición de un concreto proceso judicial, lo que requiere la acreditación vía estatutos o documento equivalente de que el órgano que adopta el acuerdo tiene competencias para ello, competencias que no son de representación sino de capacidad para decidir el ejercicio de la acción judicial. En el caso concreto, sería necesaria la acreditación del acuerdo del Patronato de la Fundación demandante de interponer el presente recurso contencioso-administrativo o el que hubiera sido su equivalente eventualmente adoptado por quien fuera, en su caso, apoderado con apoderamiento inscrito y cabal certificación de tal extremo conforme a la normativa en materia de fundaciones.