

Andalucía. Novedades en materia de fundaciones, Tercer Sector y cooperación al desarrollo¹

Manuel Rodríguez Portugués

Profesor Titular de Universidad
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. FUNDACIONES. LA STSJ DE ANDALUCÍA, SALA DE LO SOCIAL, NÚM. 3511/2018, SOBRE CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN DE UNA FUNDACIÓN.—II. COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL DESARROLLO. NUEVAS AYUDAS DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DEL DESARROLLO.—III. TERCER SECTOR. APROBACIÓN DE LA LEY 4/2018, DE 8 DE MAYO, ANDALUZA DEL VOLUNTARIADO.

RESUMEN: Este trabajo constituye una crónica sobre las novedades acaecidas en el Derecho Andaluz en materia de fundaciones, Tercer Sector y cooperación internacional al desarrollo.

ABSTRACT: This work is a chronicle of the developments in the Andalusian law on foundations, Third Sector and international development cooperation.

PALABRAS CLAVE Derecho andaluz, fundaciones, Tercer Sector, cooperación internacional al desarrollo.

KEYWORDS: Andalusian law, foundations, Third Sector, international development cooperation.

En el período considerado por la presente crónica se exponen las principales novedades acaecidas en Andalucía en el año 2018 tanto en materia de fundaciones como de cooperación internacional al desarrollo y del Tercer Sector. Por lo que se refiere a lo primero destacamos una única sentencia, que, aunque no se refiere al Derecho propiamente andaluz de fundaciones, afecta a una fundación andaluza y refleja, además de aspectos jurídicos gene-

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación con referencia PGC2018-093760-B-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Grupo de Investigación SEJ-196.

rales interesantes, la vitalidad del sector fundacional andaluz. En cuanto a la cooperación internacional al desarrollo, destacamos un año más la desconcertante actividad subvencional directamente desplegada por el Parlamento de Andalucía en dicha materia. Y, por último, en cuanto al Tercer Sector, damos noticia de la nueva Ley del Voluntariado, aprobada en el año 2018.

I. Fundaciones. La STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, núm. 3511/2018, sobre contrato de alta dirección de una fundación

En este capítulo no ha habido innovaciones normativas directamente relacionadas con el régimen jurídico sustantivo de las fundaciones. En cambio, como hemos señalado, sí se ha producido una resolución jurisdiccional reseñable. El año pasado nos hacíamos eco de la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, 1795/2017, de 2 de noviembre, por la que se confirmaba que las funciones del apoderado de una fundación integraban el objeto de un «contrato de alta dirección» entre dicho sujeto y la fundación. En consecuencia, se negaba que dicha relación laboral fuera «común», se afirmaba su naturaleza «especial» y se aplicaban las normas de despido propias de esta última clase de relación laboral. Pues bien, la STSJ de Andalucía (Sevilla, Sala de lo Social, Sección 1.ª) 3511/2018, de 5 diciembre, ha resuelto un caso muy similar.

Tras casi 20 años de trabajo de información, documentación y formación en la Fundación Instituto Andaluz de Tecnología, en 2008 D. Isaac es nombrado por el patronato de la Fundación director general, a consecuencia de lo cual la fundación y don Isaac suscriben el oportuno contrato. En 2016 el patronato decide asumir directamente la dirección general de la fundación, prescindiendo de los servicios de D. Isaac. Este se opone a que se le aplique el régimen de despido propio de la alta dirección, toda vez que entre el patronato y él se interponía un Consejo de Dirección, integrado por varios patronos, y que era el órgano que llevaba a alta dirección de la fundación.

El Tribunal no lo ve así y, contra lo alegado por D. Isaac, señala:

«1. El que haya un Consejo Directivo, órgano previsto en los Estatutos de la Fundación, así como en la Ley, formado por el Presidente y constituido por 5 Patronos, con funciones de velar por el cumplimiento de las directrices emitidas por el Patronato en sus reuniones, no implica el que el Director General no sea un alto directivo *ex* artículo 1.2 RD 1382/1985 pues este se somete a los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la

Entidad. La norma no restringe dichas instrucciones a un único órgano, previendo la existencia de varios.

2. Es ilógico inferir que de un Consejo Directivo, que se reúne 4 o 6 veces al año, y en las que no se toman decisiones sobre organización ni sobre disposiciones económicas, es un órgano intermediario entre el Patronato y el Director General, y que este es un trabajador común.

3. El recurrente a partir del 27 de junio de 2008, fecha en que se le nombra Director General del IAT, se le confirieron poderes y facultades para representar y obligar al IAT en distintos ámbitos de actuación, que abarcaban la totalidad de la actividad empresarial. El actor, de facto ha venido ejerciendo:

a) Poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa; no solo poderes notariales si no también los poderes reales.

b) Poderes inherentes a los objetivos generales de la Empresa y no de un departamento o área específica de la misma; incluso, preside órganos de apoyo a la gestión y administración de la empresa como son el Comité de Dirección y el Comité de gestión e innovación. Además, su competencia abarcaba a la totalidad de centros de trabajo (Sevilla, Málaga, Lucena, Méjico y Chile).

c) Ha ejercido esos poderes con autonomía y plena responsabilidad, solo limitados por los criterios e instrucciones directas del Patronato, sin que existan directivos entre el actor y el propio Patronato.

e) Se encargaba entre otras cuestiones: de la elección y contratación con proveedores; de la contratación con clientes; de las relaciones con las Administraciones Públicas; del control y supervisión de los RRHH, contratando al personal y formalizando sus despidos; política de retribuciones; proyectos a ejecutar; control presupuestario de la Fundación; elaboración de las cuentas anuales para su aprobación por el Patronato. A modo de ejemplo nos basta la lectura de los contratos celebrados por el actor, en los años 2014 a 2016, como los distintos contratos de prestación de servicios de la Universidad católica del Norte (Chile); como del contrato de compraventa de un vehículo; como del contrato de prestación de servicios con investigador de la Universidad de Málaga; como del contrato de prestación de servicios con la Universidad Autónoma de Barcelona; como del Acuerdo de colaboración con la Fundación de Investigación de la Universidad de Sevilla; como del Contrato de asistencia técnica con la empresa Persán, S. A.; como del Contrato de apoyo tecnológico firmado entre el Instituto de la Grasa del CSIC y el IAI; como del contrato de servicios de asistencia para el diseño, desarrollo y evaluación del sistema de innovación de la Ba-

hía de Cádiz, con la Agencia de Innovación y desarrollo de Andalucía (IDEA), entre otros.

f) Autorizaba los distintos instrumentos financieros: Pólizas de créditos, créditos de inversión, préstamos, pólizas multdivisas, etc., como son, a modo de ejemplo, una Póliza de crédito suscrita con el BBVA; un Contrato de préstamo a interés variable con La Caixa; una Póliza de crédito con Deutsche Bank; una Póliza de crédito con el Banco Santander; una Póliza de crédito con Unicaja Banco con pignoración de subvención, etc.

g) Fue designado por el Patronato para representar los intereses de la Fundación en diversas sociedades mercantiles participadas y así fue nombrado Administrador Único en la entidad Flying Together; fue nombrado Consejero Delegado en la entidad Citagro; fue nombrado Representante de FIAT en la Comisión Liquidadora de la entidad RETA (Red deEspacios Tecnológicos de Andalucía), etc.

En fin, el recurrente ha ejercido toda una serie de facultades que denotan una capacidad para representar a la sociedad frente a terceros, ante instituciones administrativas y judiciales de toda índole, así como una capacidad para ejercitar acciones ante las autoridades y tribunales; mas, en materia de gestión y disposición, tuvo capacidad para la enajenación de bienes inmuebles, así como para la constitución y extinción de derechos reales, afectación de bienes con garantía hipotecaria y la concesión de plenas facultades de disposición, sin limitación de esa capacidad a un área o sector determinado.

(...)

En suma, puede decirse que en este trabajo concurren tres elementos conceptuales: uno objetivo, relativo al alcance y extensión de los poderes conferidos; otro funcional referido a poderes reales inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa; y otro jerárquico que consiste en la directa sujeción en el ejercicio de las facultades de dirección a los órganos de gobierno societario (STS 10-1-06) luego de quien, como el recurrente, ha ejercido poderes reales inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, no solo poderes notariales; ha ejercido poderes inherentes a los objetivos generales de la Empresa, y no de un departamento o área específica de la misma, tanto como que preside órganos de apoyo a la gestión y administración de la empresa como son el Comité de Dirección y Comité de gestión e innovación, abarcando sus competencias a la totalidad de centros de trabajo (Sevilla, Málaga, Lucena, Méjico y Chile); y, ha ejercido esos poderes con autonomía y plena responsabilidad, solo limitados por los criterios e instrucciones directas del Patronato, no existiendo otros empleados, directivos o cargos intermediarios entre el recurrente y el Patronato, solo

cabe concluir en que el motivo del recurso fracasa: el recurrente era un alto directivo *ex* artículo 1.2 RD 1382/1985» (FFJJ 3.º y 4.º).

II. Cooperación internacional al desarrollo. Nuevas ayudas del Parlamento de Andalucía en materia de cooperación internacional del desarrollo

Como viene sucediendo desde años anteriores, el Parlamento de Andalucía —en una dudosa autoatribución de competencias materialmente administrativas²— ha seguido otorgando subvenciones destinadas a ONGD, y ello pese a la existencia y funciones atribuidas a la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo, que es la Administración instrumental competente en esta materia.

Mediante Acuerdo de 21 de marzo 2018³, la Mesa del Parlamento aprobó unas bases reguladoras de «ayudas y subvenciones de cooperación y solidaridad» y convocó las correspondientes al año 2018 con un presupuesto total de 370.387 euros. Las destinatarias son, en concreto, ONGD constituidas como tales conforme a la Ley andaluza de Cooperación Internacional para el Desarrollo. Al margen de los problemas de régimen jurídico suscitados por esta peculiar forma de «administración por el parlamento» a los que nos hemos referido en crónicas anteriores, ha de advertirse el extraordinario margen de discrecionalidad que otorga a la Mesa del Parlamento de Andalucía la base octava en orden a la concesión de las subvenciones:

«Los proyectos presentados se evaluarán de conformidad con los criterios y puntuación siguientes:

CRITERIO PUNTUACIÓN

- 1.º Viabilidad 30.
- 2.º Pertinencia 25.
- 3.º Coherencia 15.
- 4.º Impacto 15.
- 5.º Trayectoria de la organización solicitante 15.

1.º Viabilidad. Se valorará la viabilidad técnica y financiera del proyecto —financiación total del proyecto garantizada, permanencia de los

² Ya hemos aludido críticamente a esta curiosa forma de «administración por el parlamento» en ediciones anteriores de esta crónica.

³ BOJA núm. 63, de 3 de abril de 2018.

resultados conseguidos, sostenibilidad temporal del proyecto—, la viabilidad geográfica —estabilidad política de los países de destino, seguridad de las actuaciones en la zona...—, y que el país objeto de la actuación esté incluido en las prioridades geográficas de la cooperación internacional española (AECID). En el caso de proyectos dirigidos a la atención a la población refugiada por motivo de conflicto bélico, así como a la infancia, para la valoración de este criterio se tendrá en cuenta únicamente la viabilidad técnica y económica del proyecto.

2.º Pertinencia. Se valorará que los proyectos estén destinados a cubrir necesidades básicas —alimentación, suministro y depuración de aguas, sanidad, educación, iluminación, vivienda, transportes y otros similares—, que estén dirigidos a población vulnerable —infancia, juventud, mujer, población indígena, desplazados, refugiados, minorías, etc.—, así como la atención a la igualdad de género. Excepcionalmente, en esta convocatoria se considerará de especial vulnerabilidad a la población refugiada, así como a la infancia.

3.º Coherencia. Se valorará la eficacia en el procedimiento de ejecución del proyecto —diseño del proyecto, claridad de los objetivos, nivel de detalle del planteamiento, cuadro de financiación, concreción del proyecto, indicadores de evaluación y seguimiento, documentación necesaria aportada, etc.—. Asimismo se valorará la eficiencia del proyecto —relación entre coste y resultados—.

4.º Impacto. Se valorará el impacto económico y social del proyecto —contribución al desarrollo general de la zona, número de beneficiarios, aumento del nivel de vida de la zona, etc.—, el impacto medioambiental, y la aportación al fortalecimiento de la capacidad institucional y de gestión del país destinatario —apoyo de las autoridades locales y de la población objetivo—. En caso de proyectos de solidaridad con la población refugiada o dirigidos a la infancia, se valorará en atención al volumen de beneficiarios atendidos.

5.º Trayectoria de la organización solicitante. Se valorará la experiencia de la organización, los proyectos desarrollados en la zona, la experiencia de la contraparte, en su caso, y la eficacia de la organización en la gestión y justificación de proyectos financiados en anteriores convocatorias...».

III. Tercer Sector. Aprobación de la Ley 4/2018, de 8 de mayo, Andaluza del Voluntariado

Otra novedad reseñable ha sido la sustitución de la Ley andaluza 7/2001, de 12 de julio, de Voluntariado, por un nuevo texto, la Ley andaluza 4/2018,

de 8 de mayo, aprobada sobre la base de la «competencia exclusiva» que a la Comunidad Autónoma confiere el artículo 61 del Estatuto de Autonomía en materia de voluntariado.

La Ley consta de 32 artículos repartidos en siete títulos, además de tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

La Ley tiene por finalidad regular la actividad de voluntariado realizada en el territorio de la Comunidad Autónoma. Se define, a tales efectos, por voluntariado el conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas, siempre que reúnan los siguientes requisitos (art. 3):

- a) Que tengan carácter solidario.
- b) Que su realización sea libre y responsable, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico, y sea asumida voluntariamente.
- c) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica o material, sin perjuicio del abono de los gastos reembolsables que el desempeño de la acción voluntaria ocasione a las personas voluntarias, de acuerdo con lo establecido en determinados artículos de la propia Ley.
- d) Que se desarrollen de forma organizada a través de entidades de voluntariado con arreglo a programas concretos, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la propia Ley sobre la realización de voluntariado a través de empresas y universidades.

La Ley pivota, por así decir, sobre tres sujetos fundamentalmente: el *voluntario*, la *entidad de voluntariado* y el *destinatario de la actividad* de voluntariado. No en vano, buena parte de la Ley tiene por objeto el establecimiento de los correspondientes catálogos de derechos y deberes de cada uno de ellos. En los artículos 9 y 10 se enumeran los que tienen los destinatarios de la actividad (a su intimidad, a decidir libremente su condición de tal, el deber de no ofrecer contraprestación alguna, etc.), en los artículos 13 y 14 los de los voluntarios (a realizar la actividad en condiciones adecuadas de salud y seguridad, a estar asegurados, al reembolso de los gastos, a guardar confidencialidad, el deber de rechazar cualquier contraprestación, etc.), y los artículos 16 y 17 recogen los que corresponden a las entidades (a seleccionar a los voluntarios, a cesar a los voluntarios en determinadas circunstancias, el deber de formalizar el acuerdo con el voluntario y de contratar una póliza de seguro a favor de sus voluntarios, etc.).

Casi ninguno de estos derechos y deberes es ejercitable o exigible en una relación jurídico-pública⁴. Así, la mayor parte de ellos no van más allá de dar contenido a las relaciones que vinculan a estos sujetos entre sí (sobre todo de los voluntarios y los destinatarios con las entidades de voluntariado). Y es que, en efecto, la Administración carece de poderes directamente encaminados a tutelar estos derechos o a fiscalizar el cumplimiento de esos deberes, más allá de lo derivado de sus potestades de creación y control de las subvenciones y demás medidas de fomento que eventualmente ponga en práctica. No hay en la Ley, por ejemplo, atribución de potestad sancionadora alguna. A lo más, se prevé que los conflictos que puedan surgir entre el voluntario y la entidad colaboradora en relación con la actividad de voluntariado podrán ser resueltos, en su caso, a través de los «cauces de carácter público de resolución» cuya creación autoriza el artículo 15.3.

Por tanto, el sistema ideado por el legislador es que la efectividad de todos esos derechos y deberes sea garantizada por la Administración indirectamente, a través de la extensa actividad de fomento que le atribuye la Ley, sobre todo a partir del artículo 18. En esta línea, y en ausencia de responsabilidades sancionadoras, se deduce que la inscripción de las entidades de voluntariado en el Registro General de Entidades de Voluntariado de Andalucía (art. 18) se exige con una finalidad puramente instrumental al servicio de las concretas medidas de fomento de que puedan beneficiarse esas entidades.

⁴ Desde este punto de vista, la Ley puede plantear en esta materia dudas de compatibilidad con las competencias estatales sobre las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8.^a CE). Nótese que regula, con cierto detalle, lo que denomina «acuerdo» entre el voluntario y la entidad de voluntariado.