

ANUARIO
DE
DERECHO
DE
FUNDACIONES
2018

ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES 2018







ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES
2018



ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES 2018



1.ª edición, 2019

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2019, by Santiago Muñoz Machado y otros
Iustel
Portal Derecho, S. A.
www.iustel.com
Princesa, 29. 28008 Madrid

ISSN: 2172-6051
Depósito legal: M-41.656-2009

Preimpresión y producción: Dagaz Gráfica, s.l.u.
C/ Ramonet, 14 - 28033 Madrid
Printed in Spain - Impreso en España

ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES

Consejo de Redacción

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS
(Directores)

REMIGIO BENEYTO BERENGUER
ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY
JORGE CAFFARENA LAPORTA
MIGUEL CRUZ AMORÓS
JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ
RAFAEL DE LORENZO GARCÍA
ADOLFO MENÉNDEZ MENÉNDEZ
JAVIER NADAL ARIÑO
ISABEL PEÑALOSA ESTEBAN
ALICIA REAL PÉREZ
ENRIQUE RÚA ALONSO
TERESA SANJURJO GONZÁLEZ



Sumario (*)

Presentación

JAVIER NADAL ARIÑO

Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

ESTUDIOS

El destino obligatorio de rentas e ingresos en las fundaciones: ¿una obligación o un arte?

NOHEMÍ BOAL VELASCO

Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad CEU San Pablo

ENRIQUE RÚA ALONSO DE CORRALES

Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad CEU San Pablo

Miembro del Consejo Asesor de la Asociación Española de Fundaciones

Sobre el deber de evitar la instrumentalización de las fundaciones en la financiación del terrorismo

LORENA VARELA

Postdoctoral Researcher-Universität des Saarlandes (Alemania)

Profesora de Derecho penal-Universidad Internacional de La Rioja (España)

Revisión de oficio de una orden de clasificación por la Administración de una fundación erigida canónicamente

REMIGIO BENEYTO BERENGUER

Universidad CEU-Cardenal Herrera de Valencia

Retos y futuro de la sociedad civil

CARLOS ÁLVAREZ JIMÉNEZ

Vicepresidente segundo de Fundación Derecho y Discapacidad

(*) El índice general se incluye al final de la obra.

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

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

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Córdoba

Las fundaciones en Asturias

ALEJANDRO HUERGO LORA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo
JAVIER GARCÍA LUENGO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Las fundaciones de Cantabria en 2018: la reordenación del sector público autonómico fundacional

MARCOS GÓMEZ PUENTE
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

Normas y jurisprudencia sobre fundaciones en Castilla-La Mancha

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-la Mancha

Las fundaciones en Extremadura durante 2018: la Ley del Tercer Sector Social y otras reformas normativas con incidencia en el sector fundacional

ENRIQUE HERNÁNDEZ-DIEZ
Universidad de Extremadura

El Tercer Sector de acción social en las Islas Baleares

JOANA M. SOCÍAS CAMACHO
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de las Islas Baleares
VICENTE JUAN CALAFELL FERRÁ
Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

**Crónica jurídica de las fundaciones en la Comunidad de Madrid
(2017-2018)**

JUAN-CRUZ ALLI TURRILLAS
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid)

Las fundaciones en la Región de Murcia

PILAR JUANA GARCÍA SAURA
Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

MARTÍN MARÍA RAZQUIN LIZARRAGA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

**El derecho de fundaciones en la Comunidad Autónoma
del País Vasco**

EDORTA COBREROS MENDAZONA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPA**Crónica europea 2018**

ISABEL PEÑALOSA ESTEBAN
Directora de Relaciones Institucionales y Asesoría Jurídica
Asociación Española de Fundaciones

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA**Jurisprudencia sobre fundaciones**

MARÍA NATALIA MATO PACÍN
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid



Presentación

En el año 2018 celebramos el 40 aniversario de la Constitución y, con él, los cuarenta años del reconocimiento del derecho de fundación para fines de interés general recogido en su artículo 34.

Durante estos cuarenta años, el sector fundacional ha crecido notablemente y las fundaciones se han consolidado como un actor relevante de la sociedad civil. Han demostrado su capacidad para canalizar recursos de ciudadanos, empresas y organizaciones hacia la realización de fines de interés general, en áreas tan relevantes como la acción social, la discapacidad, la investigación, las enfermedades raras o no atendidas, la cultura o el medio ambiente.

Adaptándose a los nuevos tiempos, las fundaciones se enfrentan en la actualidad a los retos de la transformación digital. Las oportunidades que ésta ofrece para reducir la desigualdad en el acceso a determinados bienes como la educación o la cultura, pero también para paliar los efectos adversos que las nuevas tecnologías o la robotización pueden tener en colectivos vulnerables como niños y adolescentes o personas en riesgo de exclusión laboral.

Las fundaciones exploran nuevas formas de financiación de emprendedores y empresas sociales, nuevas formas de filantropía que buscan el mayor impacto de los recursos que dedican a distintas iniciativas, o cómo estar a la cabeza del movimiento que promueve la convergencia para el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

En el 40 aniversario de la Constitución, el sector fundacional apela a la necesidad de promover el reconocimiento social de la cultura filantrópica y su importancia para el avance de una sociedad democrática y solidaria.

Pero quedan numerosos objetivos por cumplir, a los que el Derecho debe contribuir. De todos ellos, hay dos retos que me gustaría destacar al presentar, un año más, esta edición del Anuario de Derecho de Fundaciones de 2018: el planteamiento de un nuevo modelo de supervisión de las fundaciones y el papel de la filantropía en la construcción y cohesión europea.

Un nuevo modelo de supervisión del sector fundacional

En la madurez del sector fundacional se hace necesario un sistema de supervisión más coherente con la autonomía de las fundaciones y sus funda-

dores, y con toda la responsabilidad que la legislación atribuye, de forma cada vez más exigente, a sus órganos de gobierno, es decir, a sus patronos.

Pero también es necesaria una supervisión más efectiva e independiente, que no se centre solo en cuestiones formales y que haga de la rendición de cuentas el elemento esencial de su trabajo, eliminando numerosos procedimientos administrativos de comunicación y autorización poco justificables en la actualidad incluso en los sectores más regulados de nuestra economía.

Para ello, es preciso dotar a los protectorados de fundaciones —también a los registros— de los recursos necesarios, otorgando a esta función administrativa la relevancia que merece. Además, es necesario separar orgánicamente la función de interpretación de las normas que realizan los protectorados de la función de supervisión administrativa. Los criterios administrativos que han ido conformando a lo largo de los años un auténtico *corpus* normativo en torno a la regulación de las fundaciones deben ser conocidos y, sobre todo, entendidos, por todo el sector y por los operadores.

A día de hoy, parece que ni para las fundaciones ni para la administración queda claro el alcance de las funciones de revisión formal y material de la actuación de las fundaciones —recogidas en la legislación— y hasta dónde pueden llegar unas y otras. Mucho antes de que se promulgaran las distintas leyes de transparencia, estatal y autonómicas, la legislación fundacional ya atribuía a los protectorados la función de dar a conocer las actividades de las fundaciones y la información del sector en su conjunto. Sin embargo, en la actualidad, aún existen dudas y muchas dificultades para acceder a esta información. Desde el sector fundacional se han dado pasos importantes en favor de la transparencia, pero sin el respaldo de la administración, estos avances siempre van a ser escasos.

El papel de la filantropía en la construcción y cohesión europea

En la presentación del Anuario de 2017 ya nos referíamos al papel que Europa y sus instituciones pueden desempeñar en el desarrollo del sector fundacional, dentro y fuera de sus fronteras. Y también es necesario apelar a la responsabilidad que tiene de hacerlo: el Derecho comunitario, a pesar de sus limitaciones competenciales, adquiere cada día una mayor capilaridad en todos los ámbitos sociales y jurídicos. Al igual que sucede con instituciones internacionales o intergubernamentales que, aunque formalmente no tengan capacidad legislativa, como la OCDE o el Grupo de Acción Financiera, sus recomendaciones y decisiones tienen gran calado y recorrido y alcanzan también al sector no lucrativo.

Desde que el 25 de Mayo de 1957 se firmó el Tratado de Roma para constituir la Comunidad Económica Europea se inició un proceso de integración que, partiendo de cuestiones aparentemente técnicas, fue capaz de impulsar una ola sostenida y creciente de integración, incorporando poco a poco nuevos sectores económicos y sociales, hasta convertir la primitiva Comunidad Económica en la actual Unión Europea que dispone de unas instituciones sólidamente establecidas en los tres ámbitos de poder que definen la esencia de la democracia: parlamento, tribunales de justicia y poder ejecutivo.

El avance ha sido espectacular, aunque no exento de debilidades. Es posible que un proyecto de esta envergadura no termine nunca, que esté siempre en construcción. Pero no es menos cierto que hay hitos singulares cuyo logro puede hacer que el proceso sea prácticamente irreversible. Uno de ellos, quizás el más importante por tratarse de la meta final, es el sentimiento de pertenencia a un espacio común compartido, que va mucho más allá que los meros acuerdos económicos y comerciales, hasta alcanzar aspectos que tocan incluso lo identitario. Lo que podríamos llegar a definir como el *Demos* europeo, la Europa de las personas. El *Ser Europeo*.

El Tratado de Lisboa, firmado el día 13 de diciembre de 2007, incorporó al preámbulo un párrafo que sintetiza los valores que sustentan el *Demos* compartido al que aspiramos, afirmando que el Tratado de la Unión se «inspira en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho».

A quienes trabajamos en el sector fundacional, los valores recogidos en este párrafo nos deben servir de inspiración y de brújula en nuestro trabajo. No es el momento de repasar la multitud de eventos, positivos y negativos, que han acontecido en nuestro continente en estos casi doce años desde la firma del Tratado, pero es evidente que nos encontramos en un momento histórico muy distinto, en el que por diversas razones algunos de los valores fundamentales que han inspirado la mayor historia de éxito político del siglo xx, están atravesando por momentos de dificultad.

Esta situación de crisis y dificultad la reconocemos y la identificamos en el incremento del populismo, en las restricciones a la libertad de las personas, a las actividades de la sociedad civil, o en el incremento de la desigualdad. Estas son realidades vivas en nuestro continente. El debate se produce en por qué sucede, en cuáles son sus razones de fondo.

En esta coyuntura, las fundaciones europeas tenemos mucho que decir y también mucho que hacer, como instrumentos creadores y vertebradores de la sociedad civil.

Sin embargo, nos encontramos con una realidad paradójica y contradictoria. Hoy, en el año 2019, ya no hay ninguna duda de que las fronteras interiores han desaparecido; el movimiento de mercancías, servicios y capitales es una realidad para distintos operadores; cualquier empresa puede establecerse en cualquier punto de la Unión; han sido derribadas casi todas las barreras técnicas que actuaban como fronteras ocultas para mantener a los antiguos mercados nacionales protegidos frente a los competidores de otros países —aunque fueran miembros de la propia CEE—. En este panorama resulta que las fundaciones constituyen una sorprendente excepción. Junto a éstas, donantes y fundadores, en definitiva, la sociedad civil, ve limitados sus derechos.

Para las fundaciones y otras organizaciones filantrópicas europeas no funciona el reconocimiento de la personalidad jurídica fuera de sus fronteras nacionales y las barreras administrativas que encuentran a su paso las dejan desprotegidas del principio europeo de «no discriminación» o de libre circulación de capitales. De manera que un sector cuya actividad está enfocada a promover la sociedad civil, la cohesión social, el interés general y los valores europeos, y que debería ser protegido por ello, en cambio se enfrenta a un entorno operativo poco amigable y obstruccionista.

Hoy la Filantropía Europea es un «no sector» en términos de la Unión Europea.

Todas estas razones están de una u otra forma en la base de la creación de DAFNE (*Donors and Foundations Networks in Europe*) que es la Red de Asociaciones de fundaciones de los diferentes países europeos, establecida en Bruselas.

Desde el principio de su existencia, se identificaron los puntos débiles del *status* de la filantropía en la Unión Europea y se fue definiendo una estrategia que, a día de hoy, me atrevo a resumir en tres objetivos: conocernos mejor, visibilizarnos y hacer realidad lo que venimos llamando el espacio europeo de la filantropía o, si se quiere, el Mercado Común de la Filantropía. Actualmente cuenta con treinta miembros que colectivamente representan a 10.000 fundaciones y donantes europeos. Y junto con el Centro Europeo de Fundaciones, se ha propuesto señalar esas barreras y tomar las iniciativas necesarias para que desaparezcan. Desde entonces hemos avanzado significativamente, pero queda aún mucho por recorrer.

Conocernos

No es fácil conocer el conjunto del sector filantrópico europeo. A la enorme dispersión y atomización de las entidades existentes y a la diversidad de modelos de funcionamiento que hay en diferentes países, se suma la realidad de un sector que suele ser poco proclive a la comunicación. Las entidades filantrópicas, sobre todo cuando son pequeñas, suelen ser reacias a la comunicación, actividad que a veces se considera poco necesaria o consumidora de recursos que se detraen de la misión de la entidad. Actitud comprensible, pero que puede convertir en «clandestina» la existencia de muchas organizaciones.

Hoy sabemos que en Europa existen más de 147.000 fundaciones, que constituyen un sector que anualmente aporta casi 60.000 millones de euros a sus actividades de interés general. Disponemos de más información para hacer defensa de la dimensión y la importancia del sector filantrópico, aunque necesitamos un esfuerzo mayor para conocer, valorar e interpretar adecuadamente todos los atributos que definen nuestra contribución al desarrollo de la sociedad europea.

Visibilizarnos

Si importante es conocer y dar a conocer lo que hacemos, más importante es que la sociedad sepa de nuestra existencia y valore nuestros logros.

El Día Europeo de Fundaciones y Donantes, que se celebra el 1 de octubre, es una modesta iniciativa creada hace siete años por DAFNE con el objetivo de sumar las voces de todas las fundaciones europeas un mismo día. Poco a poco, año tras año, cada asociación nacional moviliza a sus miembros para hacer un esfuerzo conjunto de comunicar nuestras acciones, de poner en marcha iniciativas que muestren y «pongan en valor» nuestro trabajo. Tener visibilidad no es fácil en un mundo inundado de información pero es legítimo pensar que, si todas las fundaciones comunican su actividad el mismo día, podemos llegar a crear un murmullo que no se pueda ignorar, un impacto mayor, más efectivo

Mercado Único para la Filantropía

DAFNE ha alcanzado su mayoría de edad cuando ha sido capaz de articular una estrategia encaminada a lograr para las fundaciones las libertades que los tratados europeos garantizan para las empresas, un mercado único en el que desarrollar su actividad. Y junto a ello, y no menos importante, a garantizar el derecho de donantes, fundadores, filántropos y, en definitiva, ciu-

dadanos, a contribuir al desarrollo de los fines de interés general y construir así más Europa.

Esta aspiración está siendo objeto de un formidable trabajo de colaboración y coordinación de todas las entidades que representan a fundaciones en el ámbito europeo, DAFNE y el Centro Europeo de Fundaciones y, con ellos, todas las asociaciones nacionales hemos reflexionado sobre lo que necesita el sector para tener ese ambicionado mercado único. Este nuevo número del Anuario vuelve a dar cuenta de ello.

Un año más debo agradecer a los profesores Muñoz Machado y Piñar Mañas la codirección de la obra. A los autores su trabajo desinteresado para que la solución a los retos señalados y otros muchos esté más cerca. Y como no, a la Fundación Bancaria La Caixa su apoyo constante a ésta y a otras muchas actividades de la Asociación Española de Fundaciones y del sector fundacional.

Javier NADAL ARIÑO
Presidente de la Asociación Española de Fundaciones

ESTUDIOS



El destino obligatorio de rentas e ingresos en las fundaciones: ¿una obligación o un arte?

Nohemí Boal Velasco

Profesora Titular de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad CEU San Pablo

Enrique Rúa Alonso de Corrales

Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad
Universidad CEU San Pablo
Miembro del Consejo Asesor de la Asociación Española de Fundaciones

SUMARIO: I. LA EXIGENCIA DEL DESTINO DE RENTAS E INGRESOS COMO CONDICIÓN NECESARIA EN UNA ENTIDAD SIN FINES LUCRATIVOS: 1. *El destino de rentas e ingresos como condición necesaria.* 2. *Las fundaciones como entidad sin fines de lucro.*—II. LA REGULACIÓN DEL DESTINO OBLIGATORIO DE RENTAS E INGRESOS: 1. *Antecedentes.* 2. *Situación normativa actual:* A) El destino de rentas en la legislación fundacional estatal. B) El destino de rentas en la legislación fundacional autonómica. C) Condición para el acceso a la Ley de Mecenazgo.—III. LOS ESTADOS CONTABLES O CUENTAS ANUALES: FUENTE DE INFORMACIÓN PARA EL DESTINO DE RENTAS E INGRESOS.—IV. CÁLCULO DE LA CUANTÍA OBLIGATORIA A DESTINAR A FINES FUNDACIONALES: 1. *Base de cálculo.* 2. *La cuenta de resultados: ingresos y gastos del excedente del ejercicio.* 3. *Las actividades económicas: propias y mercantiles.* 4. *Ajustes negativos o ingresos no computables.* 5. *El grado de cumplimiento del plan de actuación: gastos a fines, gastos de actividad mercantil y gastos no imputados a las actividades.* 6. *Ajustes positivos o gastos no deducibles.* 7. *Porcentaje de destino y cuantía a destinar.*—V. DESTINO EFECTIVO DE RENTAS E INGRESOS A LOS FINES.—VI. CUMPLIMIENTO DEL DESTINO DE RENTAS.—VII. PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LA MEMORIA.—VIII. LA CONEXIÓN ENTRE EL DESTINO DE RENTAS Y EL REPARTO DEL EXCEDENTE CONTABLE.—IX. LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.—X. LA FUNCIÓN DEL PROTECTORADO Y DEL AUDITOR DE CUENTAS EN RELACIÓN AL DESTINO DE RENTAS E INGRESOS.—XI. REFLEXIONES SOBRE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE GENERA EL DESTINO OBLIGATORIO DE RENTAS E INGRESOS: 1. *Los gastos a fines, de la actividad mercantil y no imputados a actividades.* 2. *Plusvalías relevantes en venta de activos.* 3. *Exceso de destino a fines.* 4. *Las inversiones como destino efectivo.* 5. *Obligación de destino de ingresos no cobrados y el posible deterioro del crédito.*—XII. CONCLUSIÓN FINAL.—BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

I. La exigencia del destino de rentas e ingresos como condición necesaria en una entidad sin fines lucrativos

1. *El destino de rentas e ingresos como condición necesaria*

Una entidad sin fines lucrativos (ESFL) es una colectividad privada considerada como unidad, cuya estructura patrimonial y unión de voluntades cuenta con suficiente capacidad financiera y organizativa para sus fines sociales, orientados al interés general o colectivo, sin que existan títulos de propiedad sobre ella que pudieran atribuir derechos sobre eventuales beneficios obtenidos¹.

Para el cumplimiento de sus fines se precisa por tanto de capacidad financiera, por lo que se presume necesario la obtención de ingresos por diferentes vías, bien en el desarrollo de actividades económicas, provenientes de su patrimonio, al margen de otros ingresos más habituales en estas entidades tales como subvenciones y donaciones, aportados por los propios creadores de la entidad (socios, fundadores, etc.), provenientes de patrocinios o colaboraciones empresariales, etc. Todos los ingresos obtenidos por las ESFL tienen como objetivo dotarla de capacidad financiera para poder desarrollar organizativamente la misma en el logro de sus fines de interés general o colectivo. Dichos ingresos deben ser por tanto destinados al cumplimiento de sus fines.

La inexistencia de capital-propiedad garantiza que los ingresos o beneficios generados nunca serán retirados por los socios o personas vinculadas a la misma, si bien no supone que realmente sean destinados a sus fines, por lo que otra motivación del destino obligatorio de rentas e ingresos es evitar que existan entidades inactivas creadas con la intención de proteger el patrimonio aportado o generado.

2. *Las fundaciones como entidad sin fines de lucro*

Las fundaciones son entidades creadas por un fundador o fundadores que se desprenden de un patrimonio que es destinado a lograr los fines de interés general que establezcan en sus estatutos.

El legislador, en su intento de garantizar el destino efectivo del patrimonio fundacional y sus rendimientos a los fines propios de la entidad, deter-

¹ Documento 4. *Identidad de las entidades sin fines de lucro*. Comisión de estudio de las ESFL. AECA. Noviembre 2013.

mina que parte de las rentas e ingresos obtenidos o generados en el ejercicio económico han de destinarse obligatoriamente al logro de los mismos.

En el modelo de fundación establecido en la Constitución Española del año 1978 (CE) y desarrollado en la *Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones* (Ley de fundaciones estatal), se permite que éstas pudieran obtener prácticamente todo tipo de ingresos para la financiación de las actividades realizadas para el logro de fines de interés general; por ello, pueden obtener ingresos de las actividades económicas que realicen, tanto las consideradas como propias o mercantiles, sin olvidarnos de los ingresos que pudieran obtener generados por su patrimonio inmobiliario o financiero.

Pero la permisividad del legislador en relación a la obtención de ingresos, tiene como contrapartida, y es sin duda la esencia fundamental para que se trate de una entidad sin fines lucrativos, la obligación de destinar dichos ingresos en un alto porcentaje a la consecución de sus fines fundacionales. Es decir, los ingresos obtenidos e incluso el lucro generado en algunas actividades no son en ningún caso distribuibles, y además a través de este precepto legal debe ser destinado obligatoriamente a fines de interés general².

No debemos olvidar que la ausencia de lucro en las ESFL está en la entidad, no en las actividades realizadas, las cuales pueden generar lucro económico o no.

II. La regulación del destino obligatorio de rentas e ingresos

En aplicación de la Ley de fundaciones estatal, las fundaciones están obligadas a destinar efectivamente su patrimonio y sus rentas a sus fines fundacionales³.

Para garantizar su cumplimiento se ha regulado el conocido como «destino obligatorio de rentas e ingresos» que tiene como finalidad garantizar que los ingresos generados por la fundación se destinen, en un porcentaje mínimo, al cumplimiento de los fines propios estatutarios.

En el presente apartado se va a desarrollar esta obligación, tanto a nivel de las fundaciones estatales como de las de carácter autonómico.

² Otro de los motivos de esta obligación es intentar evitar que existan fundaciones inactivas creadas con la intención de proteger el patrimonio aportado por su fundador e incluso que éstas acumulen patrimonio de forma injustificada.

³ Artículo 23. Principios de actuación dentro del Capítulo V. Funcionamiento y actividad de la Fundación. Ley de fundaciones estatal.

1. *Antecedentes*

El artículo 25⁴, de la derogada *Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General*, y el artículo 14⁵, de su también derogado reglamento, el *Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal*, establecían que, de las rentas o ingresos netos obtenidos, debían las fundaciones, previa deducción de impuestos, destinar al menos el setenta por ciento a las actividades fundacionales, y el resto, una vez cubiertos los gastos de administración, a incrementar la dotación fundacional.

La aplicación de este precepto legal era compleja tanto en cómo debía realizarse el cálculo de la cuantía a destinar, como en demostrar que efectivamente se había cumplido con esta obligación, ya que existían problemas conceptuales tales como qué se entiende por rentas netas e ingresos netos, gastos necesarios, cómo calcular los gastos de administración, etc. Incluso del citado reglamento se desprende que los ingresos a considerar debían ser los cobrados, y no los devengados desde el punto de vista contable. Sin duda esta compleja regulación necesitaba de una reforma que aclarase el cálculo de la cuantía obligatoria así como de la determinación de la cuantía efectivamente destinada.

2. *Situación normativa actual*

A) *El destino de rentas en la legislación fundacional estatal*

Con la aprobación de la hoy en día vigente *Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones* (Ley de fundaciones estatal), uno de los objetivos era aminorar y facilitar la gestión en estas entidades, y uno de los aspectos que más preocupaba reformar era como articular el destino obligatorio de rentas e ingresos. Finalmente el artículo 27 de la citada ley establece:

⁴ Artículo 25: «A la realización de los fines fundacionales, deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de las rentas o cualesquiera otros ingresos netos que, previa deducción de impuestos, obtenga la Fundación, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos de administración, a incrementar la dotación fundacional. Las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, no serán computables a los efectos de lo previsto en este apartado».

⁵ Artículo 14: «... se consideran rentas o cualesquiera otros ingresos netos, el resultado de deducir de los ingresos brutos obtenidos en el ejercicio por la fundación los gastos necesarios para su obtención...». «... A los solos efectos de determinar los ingresos o rentas a los que se refiere este apartado, y sin que ello incida en el cálculo de los impuestos correspondientes a los mismos, tales ingresos o rentas se entenderán obtenidos en el momento de su cobro efectivo por la fundación».

- Que debe destinarse al logro de los fines fundacionales al menos el setenta por ciento de los resultados de las explotaciones económicas y de los ingresos obtenidos por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de los citados resultados o ingresos.
- *Que la parte «no destinada», si la hubiera, se llevará a reservas o a incrementar la dotación fundacional, por decisión del Patronato⁶ de la fundación.*
- En relación a los gastos realizados se entenderá, la parte proporcional de personal, servicios exteriores, financieros, otros gastos de gestión y tributos, excluyendo los gastos realizados para lograr los fines estatutarios.
- Que el plazo de destino será el ejercicio de obtención de las rentas e ingresos y los cuatro siguientes.

Con esta nueva redacción existen aún conceptos complejos de determinar y un aspecto importante no había sido resuelto, que se entiende por «destino efectivo» y en consecuencia como la fundación demostraba si ha cumplido o no con esta obligación.

Con la aprobación del *RD 1337/2005, 11 de noviembre, Reglamento de fundaciones de competencia estatal* (Reglamento de fundaciones estatal) se aclara muchas dudas; se trata de un punto de inflexión ya que a partir de ese momento los registros contables se convierten en la clave para el cálculo de las cuantías a destinar y de la demostración del cumplimiento. En dicho reglamento, en su artículo 32, se establece:

- Que debe destinarse al menos el setenta por ciento del «resultado contable» corregido con determinados ajustes.
- Que los ingresos y gastos se tomarán de los registros contables en aplicación de las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las ESFL que estén en vigor, lo que supone la aplicación del principio del devengo, es decir, tener en cuenta los gastos e ingresos en función de la corriente real y no de la corriente monetaria.
- Una relación de ingresos no computables a efectos del destino obligatorio y de gastos no deducibles.

⁶ En aplicación del artículo 14. Patronato (Ley de fundaciones estatal), en toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos. Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos.

- La inclusión del concepto de efectividad del destino, por lo que podrá calcularse por tanto lo realmente destinado y en consecuencia comprobar el cumplimiento de la obligación.
- Que las aportaciones a la dotación fundacional no se incluyen en el cálculo, por no tener que destinarse a los fines.

B) *El destino de rentas en la legislación fundacional autonómica*

El sistema de distribución de competencias contenido en el *Título VIII de la Constitución Española (CE)* «*De la organización territorial del Estado*», principalmente en sus artículos 148 y 149, trae como consecuencia de la nueva organización político-jurídica del Estado español como Estado autonómico, y surge inevitablemente la cuestión del titular de la competencia para la regulación de las fundaciones, es decir, cabe plantearse si la competencia del Estado en esta materia puede calificarse de exclusiva, de concurrente en cuanto que se reconozca idéntica competencia a las Comunidades Autónomas en su respectivo ámbito territorial, o más bien de compartida en tanto que el Estado aparezca como único competente al reservarse ciertos aspectos que constituyen la legislación básica correspondiendo a las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo o de ejecución de dicha legislación estatal.

Ante esta situación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.3 CE, nueve Comunidades Autónomas han asumido competencia exclusiva en esta materia a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Estas previsiones constitucionales y estatutarias se hicieron realidad tras la promulgación de la *Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas* que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la CE. Mediante esta ley orgánica se transfiere a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Extremadura, Islas Baleares y Madrid, competencia exclusiva en materia de fundaciones, siempre que «desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma (CC.AA.)».

Sin embargo no todas estas CC.AA. asumieron competencias en sus respectivos Estatutos, lo que comportará necesariamente una previa reforma estatutaria para asumirlas.

En la siguiente tabla resumimos y comparamos la legislación autonómica en relación a los aspectos básicos del destino obligatorio de rentas e ingresos (Tabla 1):

TABLA 1. Comparativa del destino de rentas en las legislaciones autonómicas

Conceptos	Andalucía	Canarias	Castilla-León	Cataluña	Galicia
Legislación aplicable	Ley 10/2005, de 31 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía	Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias	Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla-León	Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas	Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego
Rentas a destinar	Rentas o ingresos netos (salvo dotación)	Rentas o ingresos netos (salvo dotación)	Ingresos netos = Ingresos o rentas - gastos necesarios para su obtención (salvo dotación)	Rentas o ingresos netos (salvo dotación)	Rentas o ingresos (salvo dotación)
Gastos deducibles	Todos los necesarios para su obtención	No hace referencia salvo los impuestos.	Todos los necesarios para su obtención	NO hace referencia	Todos los necesarios para su obtención (tributos, amortizaciones y gastos generales proporcionales)
Destino	<ul style="list-style-type: none"> Al menos 70% a actividades fundacionales Gastos de administración Dotación fundacional o reservas 	<ul style="list-style-type: none"> Al menos 70% a actividades fundacionales Gastos de administración Dotación fundacional 	<ul style="list-style-type: none"> Al menos 70% a actividades fundacionales Gastos del patronato Patrimonio fundacional 	<ul style="list-style-type: none"> Al menos 70% a actividades fundacionales Cumplimiento diferido Dotación fundacional 	<ul style="list-style-type: none"> Al menos 80% a actividades fundacionales Resto ¿?
Plazo	3 años	3 años	3 años	3 años	3 años
Gastos administración	<ul style="list-style-type: none"> Ocasionados por la administración de los bienes al órgano gobierno Patronos tienen derecho a resarcirse 	<ul style="list-style-type: none"> Ocasionados por la administración de los bienes al órgano gobierno Patronos tienen derecho a resarcirse 	<ul style="list-style-type: none"> No referencia 	<ul style="list-style-type: none"> Derivados del funcionamiento del patronato u otros órganos: retribución o gastos derecho resarcirse 	<ul style="list-style-type: none"> No referencia

TABLA 1. *Comparativa del destino de rentas en las legislaciones autonómicas (cont.)*

Conceptos	La Rioja	Madrid	Navarra	País Vasco	Valencia
Legislación aplicable	Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de La Rioja	Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid	Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las Fundaciones y de las Actividades de Patronato	Ley 9/2016, de 2 de junio, de Fundaciones del País Vasco	Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana
Rentas a destinar	Rentas o ingresos netos (salvo dotación)	Rentas o ingresos netos (salvo dotación)	Ingresos netos (salvo dotación)	Ingresos obtenidos por todos los conceptos (salvo dotación)	Rentas o ingresos (salvo dotación)
Gastos deducibles	Todos los necesarios para su obtención	Todos exceptuando los de administración	No hace referencia	No hace referencia	No hace referencia
Destino	<ul style="list-style-type: none"> Al menos 70% a actividades fundacionales Dotación fundacional Reservas 	<ul style="list-style-type: none"> Al menos 70% a actividades fundacionales Gastos de administración Dotación fundacional 	<ul style="list-style-type: none"> Al menos 70% a actividades fundacionales Gastos de administración Dotación fundacional 	<ul style="list-style-type: none"> Al menos 70% a actividades fundacionales Gastos de administración Dotación fundacional 	<ul style="list-style-type: none"> Al menos 70% a actividades fundacionales Gastos de administración Dotación fundacional
Plazo	4 años	3 años	3 años	3 años	3 años
Gastos administración	<ul style="list-style-type: none"> Ocasionados por la administración de los bienes al órgano gobierno Patronos tienen derecho a resarcirse 	<ul style="list-style-type: none"> Ocasionados por la administración de los bienes al órgano gobierno Patronos tienen derecho a resarcirse 	<ul style="list-style-type: none"> Ocasionados por la administración de los bienes al órgano gobierno Remuneraciones al personal 	<ul style="list-style-type: none"> Ocasionados por la administración de los bienes al órgano gobierno Remuneraciones al personal 	<ul style="list-style-type: none"> Ocasionados por la administración de los bienes al órgano gobierno Patronos tienen derecho a resarcirse

Fuente: elaboración propia.

C) Condición para el acceso a la Ley de Mecenazgo

Las ESFL que quieran acceder a un régimen fiscal especial, la conocida como Ley de Mecenazgo, *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo* y su reglamento *Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*, deben cumplir con dos filtros establecidos en la propia ley:

- a) Según su forma jurídica, donde tienen cabida fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad propia, entre otras entidades.
- b) Una relación de condiciones a cumplir, donde se establece, entre otras, el destino obligatorio de al menos el setenta por ciento de los rentas e ingresos a fines propios.

En el caso de las fundaciones el hecho de que ya sea obligatorio por su propia legislación hace que, *a priori*, cumpla esta condición, pero en el caso de las asociaciones declaradas de utilidad pública, deberán cumplirlo únicamente en el caso que quisieran acceder a su aplicación.

El incumplimiento supondría para la entidad la pérdida del régimen fiscal, pero también hay que tener en cuenta que el «aportante» a estas entidades también tendría la pérdida de los beneficios fiscales por las aportaciones realizadas, lo que supondría otro perjuicio para la ESFL, ya que seguramente perdería esas aportaciones que los donantes podrían decidir entregar a entidades sí sujetas a la Ley de Mecenazgo.

El desarrollo de los términos de cálculo y otras condiciones de cumplimiento, están acorde con lo establecido en la Ley de fundaciones estatal.

III. Los estados contables o cuentas anuales: fuente de información para el destino de rentas e ingresos

Las fundaciones deberán llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad, que permita un seguimiento cronológico de las operaciones realizadas⁷.

Respecto a la llevanza de libros contables, son obligatorios el «Libro Diario» y el «Libro de Inventarios y de Cuentas Anuales»⁸. En caso que el Pa-

⁷ Artículo 25.1. Ley de fundaciones estatal.

⁸ Artículo 25.1. Ley de fundaciones estatal.

tronato lo considerara oportuno, podrá llevarse cualquier otro para el buen orden y desarrollo de las actividades y su adecuado control. Además también es obligatoria la tenencia de un Libro de planes de actuación⁹.

En referencia a las cuentas anuales, éstas estarán formadas por el Balance, la Cuenta de Resultados y la Memoria y su objetivo es mostrar la imagen fiel del patrimonio y resultados de la fundación¹⁰.

Por otra parte será el Presidente del Patronato, o persona designada por los Estatutos o por el órgano de gobierno, quien formulará las cuentas anuales para su aprobación por el Patronato en el plazo máximo de seis meses desde de la fecha de cierre del ejercicio económico¹¹.

En lo relativo a la estructura de las mismas, deberán adaptarse al modelo normal establecido en la normativa contable, aunque podrán, si cumple ciertas condiciones, acogerse a los modelos abreviados con el objetivo de facilitar la gestión contable a fundaciones de menores dimensiones, con las mismas condiciones establecidas en el resto legislación mercantil¹².

Una vez aprobadas deberán ser remitidas al Protectorado correspondiente en los siguientes 10 días hábiles, acompañados del informe de auditoría en su caso, y una vez examinados en sus aspectos formales pasarán al Registro de fundaciones, para que cualquier persona que lo solicite tenga acceso a las mismas¹³.

⁹ Artículo 17 del RD 1611/2007, de 7 de diciembre, del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal (Reglamento del Registro de Fundaciones).

¹⁰ Artículo 25.2. Ley de fundaciones estatal.

¹¹ A partir de la fecha de cierre, cada documento integrante tendrá que estar identificado, indicando de forma clara, su denominación, entidad a la que corresponde y ejercicio económico. La unidad monetaria será el euro, y en función del valor de los elementos patrimoniales podrán expresarse en miles o millones.

¹² Por lo que podrán presentar cuentas abreviadas aquellas en que a la fecha de cierre concurren al menos dos de estas tres circunstancias:

- a) Activo total menor o igual a 4.000.000 euros (Balance y Memoria) y 12.500.000 euros (Cuenta de Resultados).
- b) Importe neto del volumen anual de ingresos menor a 8.000.000 euros (Balance y Memoria) y 25.000.000 euros (Cuenta de Resultados).
- c) Número medio de trabajadores menor o igual a 50 (Balance y Memoria) y 250 (Cuenta de Resultados).

Para pasar a formular cuentas abreviadas, o dejar de hacerlo, será necesario cumplir al menos dos de las circunstancias exigidas o dejar de cumplirlas durante dos ejercicios económicos consecutivos.

A efectos de cuantificar el importe neto del volumen anual de ingresos, habrá que tener en cuenta que éste lo componen, tanto los ingresos de la entidad por actividad propia como las ventas y otros ingresos ordinarios de la actividad mercantil.

¹³ Cabe destacar la importancia de que la información contable sea pública, pues de otra forma no es justificable la rendición de cuentas más que por motivos de transparencia. Si los

Por último, deberán formular cuentas anuales consolidadas aquellas fundaciones que tengan participación en sociedades mercantiles, siempre y cuando se encuentren en cualquiera de los supuestos previstos en la legislación mercantil para la sociedad dominante (art. 42 Código de Comercio) y realicen actividades económicas.

La información contable de la fundación será esencial, como iremos desarrollando en el presente artículo, para el cálculo del destino de rentas e ingresos. El excedente del ejercicio, los gastos a fines, los ingresos computables, las inversiones a fines, etc., son conceptos que se precisan conocer en el cumplimiento del destino de rentas, y deberá ser a través de los estados contables donde debamos obtener la información.

De igual forma la Memoria deberá incluir información sobre el destino de rentas e ingresos y los gastos de administración, siendo por tanto el cauce utilizado para hacerla pública.

IV. Cálculo de la cuantía obligatoria a destinar a fines fundacionales

1. Base de cálculo

Tal y como desarrollamos anteriormente el *Reglamento de fundaciones estatal* establece como punto de partida para el cálculo de las rentas e ingresos a destinar, el resultado contable, para que, a partir del mismo, se realicen distintos ajustes, positivos o negativos, obteniendo finalmente la cuantía o base de cálculo del destino de rentas.

Es importante señalar que, con la nueva estructura de la Cuenta de Resultados que se ha establecido en el *Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos* (PGC adaptado ESFL 2011), el punto de partida no será el resultado total que figura en dicho estado contable, sino el «excedente del ejercicio», es decir, el resultado del apartado *a)* de dicha Cuenta de Resultados. En concreto deberá partirse del apartado *Variación de patrimonio neto reconocida en el excedente del ejercicio*¹⁴.

usuarios de la información no tienen acceso a la misma, de poco servirá la elaboración de cuentas anuales.

¹⁴ Será el apartado A.5/ de la Cuenta de Resultados del *Resolución de 26 de marzo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se aprueba el Plan de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos* (PCESFL 2013) o el A.4/ si tomamos el modelo de

Partir del excedente contable parece lo más lógico, clarificador y objetivo, el problema será establecer los ajustes que deberán realizarse a dicho excedente para obtener la base de cálculo.

Al partir del excedente del ejercicio está realizándose la hipótesis inicial de que todos los ingresos contables, son ingresos o rentas a destinar obligatoriamente, mientras que todos los gastos contables son deducibles para la obtención de la base de cálculo. Dado que tal afirmación no es correcta, deben realizarse ajustes, que podemos clasificar:

- a) *Ajustes negativos*: deben realizarse cuando existan ingresos contables que, en aplicación de la normativa sustantiva fundacional, no computen como ingresos que deban destinarse a fines.
- b) *Ajustes positivos*: deben realizarse por los gastos contables recogidos en el excedente del ejercicio y que, en función de lo establecido legalmente, no sean deducibles.

De forma esquemática el cálculo de la base deberá seguir el siguiente proceso:

CUADRO 1. *Mecánica para determinar la base de cálculo del destino de rentas e ingresos*

BASE DE CÁLCULO	
CONCEPTO	CUANTÍA
Excedente contable	Excedente del ejercicio: (+) Positivo (-) Negativo
Ajustes positivos	(+) Importe gastos no deducibles
Ajustes negativos	(-) Importe ingresos no computables
BASE DE CÁLCULO (BC)	Podrá ser positiva o negativa

2. *La cuenta de resultados: ingresos y gastos del excedente del ejercicio*

La cuenta de resultados de las ESFL recoge las variaciones originadas en el patrimonio neto por diversos conceptos:

la Resolución de 26 de marzo de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se aprueba el Plan de Contabilidad de pequeñas y medianas entidades sin fines lucrativos (PCPMESFL 2013).

- El excedente del ejercicio formado por los gastos e ingresos devengados durante el mismo.
- Los ingresos y gastos reconocidos directamente en el patrimonio neto corregidos con las transferencias o reclasificaciones realizadas al excedente de ese ejercicio.
- Los ajustes provocados por cambios en criterios contables y correcciones o errores, y que contablemente supone una variación de las reservas.
- Variaciones de dotación fundacional o fondo social.
- Otras variaciones del patrimonio neto.

De esta forma finalmente el resultado del período nos indicará el incremento o disminución patrimonial producida durante el ejercicio y en consecuencia si la entidad dispone de un mayor patrimonio y por tanto recursos para hacer frente a sus actividades o por el contrario se ha consumido parte del patrimonio fundacional. El resultado total nos indicará la variación patrimonial del ejercicio, que será coincidente con la información que se desprende del Balance.

Tal y como desarrollamos anteriormente para el cálculo de la base del destino de rentas e ingresos, partimos del «excedente del ejercicio» que integra los ingresos y gastos contables, clasificados por naturaleza.

El excedente de la Cuenta de Resultados en el modelo normal recogido en el PCESFL 2013 tiene la siguiente estructura:

CUADRO 2. *Excedente de la Cuenta de Resultados (Modelo normal)*

Cuenta de Resultados del Ejercicio 20X0	(Debe)
	Haber
	Ej. X0
A) Operaciones continuadas	
1. Ingresos de la entidad por actividad propia	
a) Cuotas de asociados y afiliados	
b) Aportaciones de usuarios	
c) Ingresos de promociones, patrocinadores y colaboraciones	
d) Subvenciones imputados al excedente del ejercicio	
e) Donaciones y legados imputados al excedente del ejercicio	
f) Reintegro de ayudas y asignaciones	

Cuenta de Resultados del Ejercicio 20X0	(Debe) Haber
	Ej. X0
2. Ventas y otros ingresos de la actividad mercantil	
3. Gastos por ayudas y otros <ul style="list-style-type: none"> a) Ayudas monetarias b) Ayudas no monetarias c) Gastos por colaboraciones y del órgano de gobierno d) Reintegro de subvenciones, donaciones y legados 	
4. Variación de existencias de productos terminados y en curso fabricación	
5. Trabajos realizados por la entidad para su activo	
6. Aprovisionamientos	
7. Otros ingresos de la actividad	
8. Gastos de personal	
9. Otros gastos de la actividad	
10. Amortización del inmovilizado	
11. Subvenciones, donaciones y legados de capital traspasados al excedente del ejercicio	
12. Exceso de provisiones	
13. Deterioro y resultado por enajenaciones del inmovilizado	
A.1) EXCEDENTE DE LA ACTIVIDAD	
14. Ingresos financieros	
15. Gastos financieros	
16. Variación de valor razonable en instrumento financiero	
17. Diferencias de cambio	
18. Deterioro y resultado por enajenaciones de instrumentos financieros	
A.2) EXCEDENTE DE LAS OPERACIONES FINANCIERAS	
A.3) EXCEDENTE ANTES DE IMPUESTOS	
19. Impuesto sobre beneficios	
A.4) EXCEDENTE DEL EJERCICIO PROCEDENTE DE OPERACIONES CONTINUADAS	
B) OPERACIONES INTERRUMPIDAS	
20. Excedente del ejercicio procedente de operaciones interrumpidas neta de impuestos	
A.5) VARIACIÓN DE PATRIMONIO NETO RECONOCIDO EN EL EXCEDENTE DEL EJERCICIO	

En relación a los ingresos y gastos contables que integran el excedente destacamos:

a) *Ingresos del excedente:*

1. *Ingresos de la entidad por la actividad propia:* procedentes de actividades económicas propias por las que se obtiene un precio, promociones y patrocinios, subvenciones y donaciones (salvo las denominadas de capital), otros ingresos de carácter periódico.
2. *Ventas y otros ingresos de la actividad mercantil:* procedentes de las actividades económicas calificadas como mercantiles.
3. *Otros ingresos de la actividad:* entre otros, los generados por el arrendamiento de inmuebles.
4. *Subvenciones, donaciones y legados de capital tras pasados al excedente del ejercicio.*
5. *Ingresos financieros:* procedentes del patrimonio financiero.
6. *Otros ingresos.*

b) *Gastos del excedente:*

1. *Gastos por ayudas y otros:* ayudas monetarias y no monetarias concedidas, gastos originados por el órgano de gobierno y el voluntariado.
2. *Aprovisionamientos:* consumo de activos de la actividad económica propia o mercantil desarrollada.
3. *Gastos de personal:* originados por el personal asalariado de la entidad.
4. *Otros gastos de la actividad:* generados por servicios exteriores contratados de diversa índole.
5. *Amortizaciones:* consumo del período de bienes de inmovilizado material, intangible e inversiones inmobiliarias.
6. *Gastos financieros:* coste de las fuentes de financiación ajenas.
7. *Impuesto de sociedades:* gasto por impuesto.
8. *Otros gastos.*

3. Las actividades económicas: propias y mercantiles

Las fundaciones además de realizar actividades encaminadas al logro de sus fines estatutarios, podrán realizar actividades económicas relacionadas, complementarias o accesorias a los mismos.

A las fundaciones se les permite la realización de actividades económicas pero deberán diferenciar¹⁵:

- a) *Actividad propia*: la realizada para el cumplimiento de sus fines que puede prestarse de forma gratuita o con contraprestación. En caso de obtención de ingresos debe realizarse sin obtener un lucro económico y siempre que no implique limitación injustificada de los beneficiarios.
- b) *Actividad mercantil*: ordenación por cuenta propia de los medios de producción y/o recursos humanos para intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios para obtener lucro.

Además podrán también participar en otras actividades económicas a través de participaciones en sociedades mercantiles, siempre y cuando se trate de sociedades donde no se responda de las deudas sociales.

En virtud pues de la legislación fundacional, las fundaciones podrán desarrollar actividad económica debiéndose diferenciar entre propia y mercantil y parece inferirse que esta última, con carácter general, es la realizada por la entidad percibiendo un precio de mercado por el servicio que presta, al margen de que esté relacionada con los fines fundacionales, sea complementaria o accesoria.

En la introducción del PGC adaptado ESFL 2011 se establece que con el objetivo de preservar la comparabilidad de la información económico-financiera de la actividad empresarial en el modelo contable interno, independientemente de cuál sea la naturaleza jurídica del operador económico que la realiza, esta regulación determina que los criterios contables aplicados por estas entidades en el ejercicio de su actividad mercantil no difieran de los aplicados por las empresas.

Dado esta circunstancia en el PGC adaptado ESFL 2011 se han establecido normas de registro y valoración específicas para regular lo que denomina gastos e ingresos propios de ESFL así como débitos y créditos de la actividad propia en el caso de que la corriente real no coincida con la financiera. En concreto la Norma 8.^a *Gastos e ingresos propios de las entidades no lucrativas* dentro de su segunda parte.

Esta definición dada por la legislación estatal en relación a actividades propias y mercantiles es similar en las legislaciones autonómicas de fundacio-

¹⁵ Artículo 24 de la Ley de fundaciones estatal y artículo 23 del Reglamento de fundaciones estatal.

nes aunque con algunos matices, pero partiendo del mismo fondo económico, por lo que entendemos no es necesario su desarrollo.

4. *Ajustes negativos o ingresos no computables*

Al partir del excedente contable de la Cuenta de Resultados se está bajo la hipótesis de que todos los ingresos computan en la obligación de destino. Sin embargo, en función de lo establecido en la normativa sustantiva, determinados ingresos, aunque puntuales, no computan. En concreto¹⁶:

- La contraprestación obtenida por la venta o gravamen de bienes o derechos pertenecientes a la dotación fundacional, o afectados con carácter permanente a los fines por el Patronato, incluida la plusvalía.
- Los ingresos obtenidos por la venta de inmuebles afectos a la actividad propia, siempre y cuando exista reinversión.

Tampoco se considerarán como ingresos a efectos del cálculo las aportaciones en forma de dotación fundacional, tanto en el momento inicial de creación de la fundación como en un momento posterior¹⁷.

Lo establecido en la regulación legal debemos adaptarlo a un lenguaje contable, por lo que realmente, al partir del excedente, los ajustes negativos a realizar por ingresos no computables serán:

- a) Por el «beneficio contable»¹⁸ generado en la enajenación de bienes o derechos aportados a la dotación fundacional o afectados por el Patronato de forma permanente a los fines propios.
- b) Por el «beneficio contable» obtenido en la venta de inmuebles en los que la entidad desarrolle actividades propias, siempre que se reinvierta en bienes inmuebles para la misma finalidad. En este caso para realizar el ajuste es necesario que el importe total obtenido en la venta, es decir, el precio de venta, hubiera sido reinvertido¹⁹.

El beneficio contable se establecerá por diferencia entre el precio de venta y el valor contable o en libros del elemento enajenado en la fecha de

¹⁶ Artículo 32.2. Reglamento de fundaciones estatal.

¹⁷ Artículo 32.3. Reglamento de fundaciones estatal.

¹⁸ En este caso concreto como estamos analizando los ajustes negativos o ingresos no computables, lo que deberemos ajustar es el resultado positivo obtenido en su caso en la venta, es decir, el ingreso contable por tal operación si lo hubiera.

¹⁹ Debe indicarse en cualquier caso que no se establecen condiciones ni plazo de reinversión en la regulación legal.

la venta²⁰. Únicamente debemos considerar pues como ingresos no computables los beneficios habidos en la enajenación de los bienes o derechos que cumplan las características antes mencionadas²¹.

Por otra parte las aportaciones a la dotación fundacional no son ingreso contable que se impute al excedente, sino aportaciones a los fondos propios de la fundación, por lo que al no formar parte del excedente no será necesario realizar ningún ajuste por este concepto.

5. *El grado de cumplimiento del plan de actuación: gastos a fines, gastos de actividad mercantil y gastos no imputados a las actividades*

El artículo 26.2 del Reglamento de fundaciones estatal²² y el artículo 25.8 de la Ley de fundaciones estatal, establece que las fundaciones deberán aprobar todos los años un «plan de actuación» para el siguiente ejercicio que contendrá información identificativa de cada una de las actividades propias y mercantiles que prevén realizar, de los gastos estimados para cada una de ellas y de los ingresos y otros recursos previstos, así como cualquier otro indicador que permita comprobar en la Memoria contable el grado de realización de cada actividad o el grado de cumplimiento de los objetivos.

De cada actividad definida en el plan de actuación deberá incluirse datos para su identificación, ubicación física donde se realiza, los recursos económicos aplicados, los recursos humanos empleados, los beneficiarios²³, diferenciando siempre las actividades propias de las mercantiles.

Una vez transcurrido el ejercicio económico deberá incluirse en la Memoria contable información sobre el grado de cumplimiento.

En relación a los recursos económicos a emplear en cada actividad, la fundación deberá incluir en cada una de ellas tanto los gastos e inversiones

²⁰ Para llevar un correcto control será necesario que los bienes y derechos que cumplan esas condiciones estén perfectamente diferenciados para que cuando se produzca su enajenación recojamos, caso de existir, el correspondiente beneficio en una cuenta de ingresos también diferenciada para poder realizar el ajuste. Dentro de la Memoria ya se indica la obligación de determinar que bienes y derechos forman parte de la dotación fundacional o están afectados a fines propios por parte de la fundación.

²¹ Dichos beneficios estarán recogidos en principio en cuentas del subgrupo (77) «Beneficios procedentes del inmovilizado e ingresos excepcionales», aunque no debemos olvidar que debe realizarse un ajuste por la venta de cualquier bien o derecho que forme parte de la dotación fundacional, por ello el resultado podría estar en otra cuenta distinta en caso de que no se tratará de inmovilizados.

²² Sector II: «Plan de actuación, contabilidad y auditoría».

²³ Distinguiendo personas físicas y jurídicas.

que directamente se generen por la actividad en concreto así como aquellos gastos comunes a varias actividades que deberán ser repartidas entre éstas en base a su efectiva aplicación a las mismas.

También debe tenerse en cuenta que habrá determinados gastos contables en el excedente del ejercicio que no proceden de las actividades definidas y por tanto se deberá clasificar, a efectos del plan de actuación, como «gastos no imputados a las actividades».

Por ello, a consecuencia de este reparto, tendremos las actividades definidas en el plan de actuación con los gastos que se le haya imputado, mientras que tendremos, en su caso, un conjunto de gastos no imputados a actividades.

Pues bien, las actividades que hayan sido calificadas como «propias» tal y como desarrollamos anteriormente, se trata de actividades realizadas para el cumplimiento de los fines, y por tanto los gastos imputados a las mismas se calificarán como «gastos en cumplimiento de fines», mientras que en las actividades calificadas como «mercantiles» los gastos derivadas de las mismas, no se considerarán como gastos a fines, al igual que aquellos gastos no imputados a actividades.

En consecuencia, lo anterior es esencial para el cálculo del destino obligatorio de rentas e ingresos, tanto para determinar la base de cálculo y para, como veremos posteriormente, calcular el destino efectivo, dado que:

- Los gastos imputados a actividades propias, serán los gastos a fines y se tendrán en cuenta como ajustes positivos a efectos del cálculo de la base, pero también se considerarán como destino efectivo.
- Aquellos gastos que procedan de actividad mercantil o no se imputen a actividades, no se ajustarán a efectos de la base, teniendo en consecuencia la consideración de gasto «deducible», si bien no se considerará destino efectivo de rentas posteriormente.

En consecuencia el grado de cumplimiento del plan de actuación y la distribución de gasto que ha realizado la fundación entre sus actividades va a ser un punto de partida fundamental en los cálculos a realizar para el destino de rentas e ingresos.

En relación a los gastos comunes a varias actividades se imputarán en la parte «proporcional» a cada una, en función de criterios objetivos deducidos de la efectiva aplicación de recursos a cada actividad²⁴. Por tanto, con respecto al reparto de los gastos comunes, la legislación no establece un criterio

²⁴ Artículo 32.4.b) del Reglamento de fundaciones estatal.

objetivo, lo que provoca la subjetividad tanto por parte del gestor de la entidad, como en la función de control del Protectorado. En nuestra opinión posibles criterios a aplicar, en función de:

- Los gastos e inversiones realizados en cada actividad.
- Los ingresos obtenidos por cada actividad. Aunque en este caso el cálculo es más sencillo, no es realmente por la «aplicación de recursos» y además habría que tener en cuenta que de las actividades propias se obtienen menores ingresos, o no se obtienen, por lo que los gastos asignados de entre los comunes también sería inferiores o no se imputarían.

En relación a los «gastos no imputados a las actividades» la opinión del Protectorado de Fundaciones Estatal, expresado en su Manual²⁵, es establecer una relación de «gastos no imputados a actividad propia» y que por lo tanto deben ser imputados a actividad mercantil o no ser imputados a actividades. A continuación detallamos dichos gastos:

- *Gastos financieros*, excepto los que estén relacionados directamente con el desarrollo de una actividad y se justifique que sin ellos no se hubiera podido realizar²⁶.
- *Deterioro de instrumentos financieros, pérdidas por venta de elementos de inmovilizado y pérdidas de créditos incobrables, de operaciones comerciales y de operaciones en común.*
- *Gastos de promoción y publicidad de la propia fundación.* Los gastos de este tipo serán admisibles si son directamente imputables a las actividades concretas²⁷.
- *Gastos de relaciones públicas, de representación y cuotas de asociaciones u organizaciones no obligatorias.*
- *Diferencias de cambio*, salvo que haya actividades propias que se realicen en el extranjero, y sean asignables a dichas actividades.
- *Impuestos sobre beneficios y otros tributos.*
- *Sanciones e indemnizaciones.*

²⁵ Manual de la Nota de la Memoria contable «Actividad de la entidad. Aplicación de elementos patrimoniales a fines propios. Gastos de administración», Subdirección General del Protectorado de Fundaciones, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

²⁶ Por ejemplo, sería asignables a una actividad en el caso de que la financiación ajena de donde derivan se haya solicitado para financiar dicha actividad, debiendo además justificar la necesidad de dicha financiación para su realización.

²⁷ Dado que se traten de gastos de publicidad de dichas actividades.

- *Devoluciones de ingresos*, partida que realmente no son un gasto, sino una corrección de ingresos pero que en el excedente del ejercicio aparece, incorrectamente en nuestra opinión, como gasto contable.
- *Gastos del Patronato*²⁸.
- *Gastos bancarios*, salvo los de mantenimiento de cuenta corriente o que por la actividad de la fundación estén debidamente justificados.
- Partidas de gastos de «*Otros resultados*».
- *Gastos de auditoría y otros gastos similares*. Solo serán imputables, como gastos comunes, en el caso de que sean obligatorios.

En cualquier caso dicha relación será únicamente una referencia dado que se trata de la opinión expresada por el Protectorado estatal, órgano encargado de revisión del destino de rentas en las fundaciones adscritas al mismo.

6. *Ajustes positivos o gastos no deducibles*

Atendiendo a lo establecido tanto en la Ley de fundaciones estatal como en su desarrollo reglamentario no serán deducibles los «gastos directamente relacionados con las actividades desarrolladas para el cumplimiento de los fines», así como una parte de los gastos comunes a todas las actividades desarrolladas por la entidad en la parte proporcional correspondiente a las actividades para fines propios.

Tal y como hemos desarrollado en el apartado anterior, deberemos partir del reparto de gastos que se ha realizado por parte de la fundación a actividades propias, mercantiles o no imputados a actividades en el grado de cumplimiento del plan de actuación, de forma que:

- a) Gastos asignados a actividades consideradas como propias, serán a efectos de este cálculo un «gasto no deducible».
- b) Gastos asignados a actividades mercantiles o no imputados a actividades, se considerarán «gastos deducibles».

Por aquellos gastos que se consideren «no deducibles» habrá que realizar un ajuste positivo para calcular la base de cálculo.

²⁸ Que excedan de lo indicado en el artículo 15.4 de la Ley de Fundaciones estatal.

7. *Porcentaje de destino y cuantía a destinar*

La mecánica de cálculo de la base, en donde hay pocos ajustes negativos dado que los ingresos computan en su mayoría, mientras que gastos no deducibles, al ser los gastos a fines, son la mayoría de los gastos contables de la entidad, supone que la base de cálculo esté cercana al importe de los ingresos. De hecho, si no hubiera gastos de actividad mercantil ni no imputados a actividades y no hubiera ingresos no computables, algo que se produce frecuentemente, coincidiría.

Una vez calculada la base de cálculo del destino de rentas, debemos tener en cuenta:

- a) Caso de ser «positiva»: el setenta por ciento al menos de su importe debe destinarse al cumplimiento de sus fines propios, o porcentaje superior en función de lo determinado por el Patronato de la fundación.
- b) Caso de ser «negativa»: en ese ejercicio no existiría la obligación de destino.

La cuantía obtenida al aplicar el porcentaje a la base de cálculo será la obligación de destino de la fundación para ese ejercicio económico.

V. **Destino efectivo de rentas e ingresos a los fines**

Una vez calculada la cuantía mínima obligatoria que debe destinarse al cumplimiento o logro de los fines fundacionales, también deberá determinarse cada período la cuantía que efectivamente se ha destinado en el mismo, lo que se denominará «destino efectivo de rentas e ingresos».

En este sentido la normativa fundacional estatal²⁹ establece que se considera destinado a los fines por el importe de los gastos e inversiones realizados en cada ejercicio, que efectivamente hayan contribuido al cumplimiento de los mismos. Además la regulación incluye dos aspectos importantes:

- No incluir las dotaciones a las amortizaciones y provisiones como gasto.
- En el caso de las inversiones que hayan sido financiadas con ingresos que deban distribuirse en varios ejercicios, o con recursos financieros ajenos, dichas inversiones se computarán en la misma proporción en que lo hubieran sido los ingresos o se amortice la financiación ajena.

²⁹ Artículo 32.6. Reglamento de fundaciones

Tras el análisis de lo determinado en la legislación cabe concluir que se considerará destino efectivo, en un lenguaje contable:

- a) *Gastos de actividades propias*: aquellos que hemos considerado como *partidas no deducibles* anteriormente para la determinación de la base de cálculo, por tratarse de gastos que surgen de forma directa o indirecta del cumplimiento de los fines, deberán ser considerados como destino efectivo de rentas. Salvo las amortizaciones y deterioros³⁰ de los inmovilizados «afectos a fines propios», dicha circunstancia es debido a la inclusión de la inversión como destino efectivo, ya que si también se incluyera la amortización o deterioro de la misma estaríamos duplicándolo³¹.
- b) *Inversiones*: se trataría de activo no corriente (en principio material o intangible desde el punto de vista contable), destinados al logro de los fines propios fundacionales. En función de lo establecido legalmente, habrá que diferenciar por su forma de adquisición:
 - Aquellos subvencionados, o recibidos mediante donación o legado: habrá que tener en cuenta únicamente como destino efectivo por la parte imputada como ingreso al excedente del ejercicio³².
 - En caso de ser financiados con recursos ajenos: en función de la amortización o devolución de la financiación.
 - Si se adquieren al contado: por su importe íntegro en el ejercicio de la adquisición, que será su coste histórico.

Lógicamente será necesario llevar un control exhaustivo, y dar información en la Memoria de los estados contables. Por último es importante indicar la problemática que pudiera producirse al considerar las inversiones como destino efectivo, en el caso que se superara la cuantía obligatoria a destinar, sobre todo aquel ejercicio en que se produjera una inversión de importe elevado, dado que, aunque sería razonable que el importe destinado en ex-

³⁰ Aunque la normativa legal indica «provisiones», desde la reforma contable del año 2007 el concepto de provisión contable se denomina «deterioro de valor».

³¹ Aquellas inversiones amortizables adquiridas con anterioridad a 2005, fecha de aprobación del reglamento estatal de fundaciones, y que en consecuencia la inversión no se consideró destino efectivo de rentas, no tiene sentido por tanto no considerar la amortización de las mismas.

³² Aplicando la normativa contable de las subvenciones y donaciones establecida en el PGC adaptado ESFL 2011, el ingreso se imputará al excedente contable en función de la amortización del activo, deterioro o cuando se produzca su enajenación o baja.

ceso se pudiera aplicar a siguientes ejercicios, la legislación no establece nada a ese respecto. Posteriormente desarrollaremos esta problemática.

VI. Cumplimiento del destino de rentas

Tras haber calculado la cuantía a destinar y el destino efectivo podría producirse:

- a) *Déficit de destino*: en caso de no haber cubierto la obligación el año de la obtención de los ingresos, la normativa legal estatal establece que el período a considerar será el ejercicio de su obtención y los cuatro posteriores al cierre³³, siendo por tanto un total de casi cinco años los que tendrá la entidad para destinar las rentas e ingresos al logro de sus fines fundacionales, un período *a priori* bastante flexible. Tal y como vimos anteriormente en la mayoría de las Comunidades Autónomas dicho plazo es de tres años.
- b) *Exceso de destino*: en caso que el destino efectivo cubra o supere la cuantía a destinar, la obligación estaría cumplida, pero cabría preguntarse si la cuantía ya destinada en exceso podría computarse como destino efectivo en ejercicios posteriores, si bien las regulaciones legales no establecen nada al respecto.

VII. Presentación de la información en la Memoria

La normativa sustantiva de fundaciones establece que determinada información debe incluirse en la Memoria contable, es decir, dentro de las cuentas anuales o estados financieros que debe formular y aprobar anualmente. En concreto debe incluirse en la Memoria información de las actividades, el grado de cumplimiento del Plan de actuación, un inventario de bienes e información sobre el cumplimiento del destino obligatorio de rentas e ingresos.

En consecuencia los planes contables incluyeron información en la Memoria contable y dado que la obligación y el desarrollo de la misma es equivalente para todas las fundaciones, en la nota o punto de la memoria denominado «Aplicación de elementos patrimoniales a fines propios» encontramos la información a este respecto³⁴.

³³ Artículo 32.7. Reglamento de fundaciones estatal.

³⁴ Téngase en cuenta que hay cuatro modelos de memoria (normal, abreviada, pequeñas y medias entidades sin fines de lucro y simplificada) y este apartado está en todos los modelos y con el mismo contenido.

En relación a la información sobre el destino de rentas el artículo 32.8. Reglamento de fundaciones estatal establece que «en la memoria integrada en las cuentas anuales que debe presentar la fundación se incluirá información detallada del cumplimiento del destino a fines fundacionales, y en ella se especificará el resultado sobre el que se aplica el porcentaje del 70 por ciento y los gastos e inversiones destinados a fines fundacionales, así como el importe de los gastos de administración. También se incluirá esta información en relación con los saldos pendientes de aplicar de ejercicios anteriores».

Dicha información está estructurada:

a) *Grado de cumplimiento del destino de rentas e ingresos:*

A través del cuadro 3, que figurará en una nota de la memoria contable, se informará de la cuantía que debe destinar la fundación a fines, de los recursos destinados, y de si se cumple o no el destino obligatorio.

La utilidad del cuadro es que a través del mismo se logra ordenar la información, lo que ayudará a su lectura, pero en ningún caso nos facilita el cálculo no dándonos respuestas a algunos aspectos subjetivos existentes³⁵.

Dado que la legislación establece para el cumplimiento el ejercicio económico de obtención de las rentas e ingresos y los cuatro siguientes, el cuadro tiene información histórica de los ejercicios precedentes.

De esta forma en las columnas se irá recogiendo la siguiente información:

- *Primera columna:* el ejercicio contable, siendo N el año en curso y lógicamente se mostrará información de los cuatro anteriores.
- *Segunda columna:* el resultado del ejercicio, que tal y como se establece en la legislación es el punto de partida, aunque recordemos que tras la aprobación del PGC adaptado ESFL 2011, dicho resultado correspondería al excedente del ejercicio.

³⁵ Dentro del grupo de trabajo constituido por el ICAC para la elaboración del PGC adaptado a ESFL 2011, se realizaron algunas alternativas para facilitar el cálculo de la base a la que aplicar el porcentaje, así como el importe destinado. Sin embargo, y dado que finalmente la norma contable sería de rango inferior a la legislación fundacional y en consecuencia no podría contradecir o interpretar la misma, dichas propuestas no prosperaron, por lo que para poder avanzar en este sentido habrá que modificar la legislación a este respecto.

- *Tercera y cuarta columna:* los ajustes³⁶ a realizar al excedente contable para determinar la base y que han sido objeto de análisis en apartados anteriores.
- *Quinta columna:* la base de cálculo del destino de rentas e ingresos, que matemáticamente será la suma/resta de la segunda, tercera y cuarta columnas.
- *Sexta columna:* el importe que debe destinarse a fines, calculado por la aplicación del porcentaje aprobado por el Patronato a la base de cálculo de la columna anterior.
- *Séptima columna:* los recursos realmente destinados a fines, que se habrán calculado en el cuadro que vamos a desarrollar a continuación (Cuadro 4). También se calculará el porcentaje efectivamente destinado, mediante el cociente entre la cuantía destinada realmente y la base de cálculo que muestra la quinta columna.
- *Octava columna:* se mostrará el cumplimiento o no cada año, por lo que dicho columna a su vez se dividirá en otra seis subcolumnas que mostrarán el año de presentación de las cuentas y los cuatro anteriores, así como una última para ver en su caso, la cuantía pendiente.

b) *Recursos aplicados en el ejercicio:*

En el cuadro 4 se informará de los recursos aplicados a fines durante el ejercicio, diferenciando gastos de inversiones.

CUADRO 4. *Información obligatoria en la Memoria sobre los recursos destinados a fines*

	Importe		
1. Gastos en cumplimiento de fines			
	Fondos propios	Subvenciones, donaciones y legados	Deuda
2. Inversiones en cumplimiento de fines (2.1 + 2.2)			
2.1. Realizadas en el ejercicio			

³⁶ Ajustes negativos por los ingresos no computables y positivos por los gastos no deducibles.

2.2. Procedentes de ejercicios anteriores			
a) Deudas canceladas en el ejercicio incurridas en ejercicios anteriores			
b) Imputación de subvenciones, donaciones y legados de capital procedentes de ejercicios anteriores			
TOTAL (1 + 2)			

En el primer apartado (1) del cuadro 4 se informará de los gastos en cumplimiento de fines del período del que se esté informando, cuyo importe deberá coincidir con los ajustes negativos recogidos en el cuadro anterior (Cuadro 3) del ejercicio N, dado que los gastos considerados como «no deducibles» por los que se realizó dichos ajustes son aquellos realizados en cumplimiento de fines, eso sí, descontando las amortizaciones y deterioros.

En el segundo apartado (2) del cuadro 4 se recogerán las inversiones en cumplimiento de fines, diferenciando las realizadas en el ejercicio presente (2.1.) de las procedentes de ejercicios anteriores (2.2).

En las del ejercicio presente habrá que diferenciar si han sido financiadas con subvenciones, deuda o fondos propios, de forma que en caso de ser financiadas con pasivo la cuantía reflejar será por la parte amortizada del mismo, mientras que si ha sido mediante subvenciones o se trata de inversiones donadas, la cuantía a reflejar será por el ingreso imputado al excedente de ese ejercicio. Por último si no ha sido financiada la inversión con pasivo ni con subvenciones o donaciones, se entenderá financiada con fondos propios, por lo que figurará por el importe total de la misma.

Dado esta casuística las inversiones realizadas en un período pueden ser recursos destinados en varios años. Si por ejemplo la entidad adquiere un inmovilizado material en el año 20X0, pagando la mitad contado y financiando el resto que deberá pagar en los años 20X1 y 20X2, finalmente el inmovilizado será «recursos destinados a fines» en tres períodos distintos en función de cómo se ha producido el pago del mismo.

VIII. La conexión entre el destino de rentas y el reparto del excedente contable

Una vez analizado el cálculo de la cuantía a destinar obligatoriamente en el período, y de lo que realmente se ha destinado, hay que tener en cuenta que se trata sin duda de un cálculo extracontable, que parte de la información contable pero que atiende a criterios legales. En consecuencia, la base de

cálculo del destino de rentas no tiene relación directa con el importe del excedente contable.

Sin embargo, tal y como vimos en el desarrollo realizado en el apartado 2 del presente artículo, la parte no destinada, en caso que se decida no destinar el cien por cien, debe llevarse a reservas o a incrementar dotación, por lo que sería lógico pensar en una relación entre el reparto del excedente y el cumplimiento del destino de rentas, dado que la fundación, intentará aumentar las reservas o la dotación utilizando el excedente del ejercicio.

Aunque en algunos momentos pudiera parecer lógico que el excedente contable es lo que hubiera que destinar, no debemos olvidar lo visto anteriormente, donde dicho excedente es únicamente el punto de partida para la determinación de la base de cálculo y con los ajustes que deben realizarse, normalmente dicha base se constituirá por los ingresos del período y será en lógica muy superior al excedente, por lo que a la hora de reparto del mismo, será complejo la relación entre ambas operaciones. Desde una perspectiva contable el excedente del ejercicio debe destinarse a:

- Reservas.
- Capitalizarse, es decir, a dotación fundacional.
- Eliminación de excedentes negativos de ejercicios anteriores.

Dado la ausencia de capital-propiedad, ello impide el reparto de dividendos o excedentes a terceros.

En caso de que el porcentaje de destino fuera inferior al cien por cien, debe llevar a dotación fundacional o reservas³⁷ un porcentaje de la base de cálculo, sin embargo con el excedente es algo normalmente inviable. Incluso podría darse la paradoja de que el excedente contable fuera negativo, por lo que no podríamos hablar siquiera de reparto del mismo, pero la base de cálculo, a consecuencia de los ajustes, fuera positiva, con lo cual si la fundación decidiera llevar el mínimo, el otro treinta por ciento debería destinarlo a dotación o reservas, con lo cual surge el problema, ¿cómo llevarlo a cabo si el excedente contable es negativo?

En conclusión no puede existir una relación directa entre el destino obligatorio de rentas e ingresos y el reparto contable del excedente.

Por ultimo recordar que también el reparto del excedente debe ser aprobado por el Patronato de la fundación y se deberá incluir en la nota correspondiente de la Memoria información detallada de su distribución.

³⁷ Algo que a nuestro entender carece de lógica dado que la parte que no se destinara se quedaría ya como fondos propios dado la imposibilidad de reparto de los excedentes al carecer estas entidades de propietarios.

IX. Los gastos de administración

Un concepto que ha venido ligado también al destino obligatorio de rentas e ingresos, son los gastos de administración. Se entiende por éstos los directamente ocasionados por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y aquellos otros de los que los patronos tienen derecho a resarcirse³⁸.

Su importe no podrá superar la mayor de las siguientes cantidades, el cinco por ciento de los fondos propios o el veinte por ciento de la base de cálculo del destino de rentas³⁹.

Sin duda se trata de otro concepto de difícil encaje contable, sobre todo en lo que se refiere a «gastos directamente ocasionados por la administración de bienes y derechos» ya que la contabilidad externa y la información que nos suministra la Cuenta de Resultados es totalmente insuficiente ya que nos muestra los gastos por naturaleza y no por función. Habría en todo caso que recurrir a la contabilidad interna o analítica de la entidad y a un criterio funcional de reparto de gastos.

En referencia a los gastos para resarcir a los patronos, la información está recogida en la cuenta (654) «*Reembolso de gastos al órgano de gobierno*» y claramente determinado en el excedente contable de la Cuenta de Resultados.

En todo caso, en nuestra opinión, creemos que no debemos confundir los gastos de administración del patrimonio con aquellos de carácter administrativo que tiene cualquier organización. Para que existan gastos de administración del patrimonio entendemos que la entidad deberá tener un patrimonio que administrar, normalmente de carácter financiero o inmobiliario, de cuya gestión para obtener ingresos se deriva la existencia de gastos.

En cuanto a la limitación legal de dichos gastos, está referido a las siguientes magnitudes:

- Fondos propios: obtenidos del Balance. Dentro del Patrimonio neto y Pasivo Tenemos el Apartado A.1/ Fondos propios (Dentro del apartado A/ Patrimonio Neto).
- Base de cálculo del destino de rentas.

Sobre los gastos de administración también habrá que suministrar información en la Memoria. En concreto habrá que incorporar dos cuadros:

³⁸ Artículo 27.2. Ley de fundaciones estatal.

³⁹ Artículo 33. Reglamento de fundaciones estatales.

a) *Detalle de los gastos de administración.*

En el cuadro 5 la fundación deberá determinar en qué cuentas en concreto se encuentran los gastos de administración, estableciendo en las dos primeras columnas la cuenta y partida dentro de la Cuenta de Resultados, en la tercera el detalle del gasto y por tanto criterio para su consideración como gasto de administración, mientras que en la cuarta columna el porcentaje o criterio para su inclusión como tal.

Por último la columna quinta mostrará el importe considerado como gasto de administración de cada cuenta incluida.

CUADRO 5. *Información obligatoria en la Memoria sobre los gastos de administración*

Detalle de gastos de administración				
N.º de cuenta	Partida de la cuenta de resultados	Detalle del gasto	Criterio de imputación a la función de administración del patrimonio	Importe

b) *Límites de los gastos de administración: cumplimiento.*

Por último y dado el límite legal de los gastos de administración, en el cuadro 6 se intenta mostrar si se supera o no dichos límites.

CUADRO 6. *Información obligatoria en la Memoria sobre el cumplimiento de los límites referentes a los gastos de administración*

Gastos de administración						
Ejerc.	Límites alternativos (Art. 33 Reglamento RD 1337/2005)		Gastos directamente ocasionados por la administración del patrimonio (3)	Gastos resarcibles a los patronos (4)	Total gastos admon. devengados en el ejercicio (5) = (3) + (4)	Supera (+) No supera (-) el límite máximo (el mayor de 1 y 2) - 5
	5% de los fondos propios (1)	20% de la base de cálculo del Art. 27 Ley 50/2002 y Art. 32.1 Reglamento RD 1337/05 (2)				
N						

De esta forma en la primera columna se hará referencia al ejercicio de cálculo, mientras que la segunda y tercera columna reflejará los límites establecidos en la legislación. En la cuarta y quinta columna se incluirán los gastos de administración que tiene la fundación separando los gastos resarcibles de los patronos de aquellos otros directamente ocasionados por la administración del patrimonio, dejando la sexta columna para que muestre los gastos totales de administración por suma de las dos anteriores.

Por último en la columna séptima se mostrará el cumplimiento o no de los límites que figuran en la legislación comparando el total de gastos de administración (columna sexta) con el límite máximo (importe mayor entre las columnas segunda y tercera).

X. La función del Protectorado y del auditor de cuentas en relación al destino de rentas e ingresos

El Protectorado de Fundaciones tiene como misión principal velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones⁴⁰.

En concreto en relación con el destino de ingresos y rentas⁴¹, deberá verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, previo informe pericial⁴².

Por otra parte también es necesario destacar la función de apoyo y asesoramiento del Protectorado en la elaboración de las cuentas anuales, obligaciones formales de su presentación y demás aspectos relacionados con la contabilidad, entre otras cuestiones⁴³.

Por otra parte en caso de que la fundación sometiera sus cuentas anuales a auditoría de cuentas, la información relativa al destino obligatorio de rentas e ingresos que anteriormente vimos se incluye en la Memoria deberá ser objeto de auditoría, dado que forma parte de las cuentas anuales.

⁴⁰ Artículo 34. El protectorado. Ley de fundaciones estatal.

⁴¹ Según el artículo 32.8 del Reglamento de fundaciones estatal, el protectorado analizará la información suministrada y podrá requerir que esta se amplíe y que se aporten los documentos y justificantes que se estimen necesarios. En la medida en que considere que la información y la documentación aportadas no acreditan el cumplimiento del requisito, lo hará constar así en el correspondiente informe.

⁴² Artículo 35.1 Ley de fundaciones estatal.

⁴³ Artículo 34. Reglamento de fundaciones estatal.

La función del auditor es compleja dado que en nuestra opinión deberá verificar la existencia de la información en la Memoria, y que responde en lo referente a la mecánica de cálculo a lo establecido legalmente, pero entendemos que sin la necesidad de entrar a evaluar cuestiones que corresponden a la fundación, tales como la delimitación hecha de las actividades fundaciones como propias o mercantiles y la imputación de los gastos entre actividades, parte esencial del destino de rentas e ingresos.

XI. Reflexiones sobre los principales problemas que genera el destino obligatorio de rentas e ingresos

1. *Los gastos a fines, de la actividad mercantil y no imputados a actividades*

Tal y como desarrollamos anteriormente un aspecto fundamental en la determinación de la base de cálculo del destino de rentas, la cuantía a destinar y el destino efectivo, es la imputación de gastos por actividades que la fundación debe realizar en el grado de cumplimiento del plan de actuación.

De la imputación de gastos que ha realizado la fundación, «gasto a fines» es aquel que se ha imputado a la actividad propia, dado que dicha actividad, por concepto, es la realizada en cumplimiento de fines, y los gastos derivados de la misma son por tanto gastos a fines.

Dichos gastos serán un «ajuste positivo» para determinar la base de cálculo, aunque luego se consideran «destino efectivo». De dicha mecánica se desprende que el hecho de que no sean deducibles hace que la base de cálculo aumente por el importe de los mismos, pero al obtener la cuantía obligatoria multiplicando dicha base por el porcentaje de destino, supongamos el mínimo, ello supone una obligación de destino del setenta por ciento del gasto. Sin embargo luego se incluye el cien por cien del gasto como destino efectivo, lo que supone una ventaja para la fundación.

Por otra parte, el gasto imputado a actividad definida como mercantil o no imputados a actividades, no se ajusta, considerándose por tanto como gastos deducibles de la base, si bien luego no se consideran destino efectivo. En ese caso la ventaja analizada anteriormente con el gasto a fines, no se produce.

Por ejemplo, supongamos una fundación que obtiene un excedente de 400 unidades monetarias (u.m.), teniendo un ingreso de 1.400 u.m. y un gasto de 1.000 u.m.

Si dicho gasto se considera como gasto de actividad propia, la base de cálculo sería de 1.400 u.m. y la cuantía mínima a destinar de 980 u.m. Cuando calculamos el destino efectivo, sería por importe de los gastos a fines, es decir, 1.000 u.m. por lo que la fundación habría cubierto el setenta por ciento no quedando ninguna obligación de destino para ejercicios posteriores.

Sin embargo, si se considera el gasto imputado a actividad mercantil o no imputados a actividades, la base de cálculo sería de 400 u.m. (dado que los gastos serían deducibles) y por tanto la cuantía mínima a destinar de 280 u.m. Pero dado que el gasto no es a fines, no se habría destinado nada a los mismos y quedaría pendiente 280 u.m., por lo que la fundación no habría cubierto en ese primer año esta obligación.

Sin duda, a efectos del destino de obligatorio de rentas e ingresos, resulta más «beneficioso» para la fundación que el gasto se considere como gasto a fines, que como gasto de actividad mercantil o no imputado a actividades.

Con este planteamiento adquiere sin duda mayor importancia la calificación de la actividad económica como propia o mercantil, así como determinar la relación de gastos no imputados a actividades.

Por último indicar que sí se plantearía un problema importante en el caso de que hubiera gastos que no fueran a fines y tampoco deducibles por entenderse que no son necesarios para la obtención de ingresos o resultados. Hasta la fecha esta circunstancia no se ha planteado.

2. Plusvalías relevantes en venta de activos

Las normas contables parten del registro contable de los gastos e ingresos aplicando un criterio de correlación⁴⁴, que supone, en la medida de lo posible, que gastos e ingresos lleven una imputación al excedente correlacionada de forma que el excedente de un ejercicio registre los gastos devengados y los ingresos generados para financiar dichos gastos. Por ello, los excedentes en las ESFL no suelen producirse por un importe relevante y los ingresos generados suelen destinarse a los fines en el año que se generan.

Sin embargo cuando se produce la venta de determinados activos, normalmente bienes de inmovilizado material, intangible, inmobiliario o financiero y la plusvalía generada, en su caso, sea de una cuantía importante

⁴⁴ Establecido en el Marco conceptual de la contabilidad (Primera parte del PGC adaptado ESFL 2011).

puede suponer un problema para la fundación en el cumplimiento del destino de rentas e ingresos.

Tengamos en cuenta que dicha plusvalía incrementa el excedente del ejercicio, y «activa» el destino de rentas, obligando a la fundación a gastar como mínimo el setenta por ciento de la plusvalía en el plazo establecido para el destino, es decir, el año de obtención y los cuatro siguientes.

La entidad en estos casos debe pensar en incrementar el gasto vinculado a sus actividades propias, aumentar las mismas o realizar inversiones que se consideren en cumplimiento de fines. En cualquier caso esto puede suponer un problema de estructura para determinadas fundaciones por la necesidad de gastar más o incrementar el número de actividades propias a realizar.

La posibilidad que se plantea en muchas ocasiones es destinar lo obtenido en la venta a adquirir inversiones de naturaleza financiera o inmobiliaria con la intención clara de que generen rendimientos que permitan realizar las actividades de la fundación los siguientes años. Esta posibilidad sin embargo, aunque pueda parecer lógica, no es viable dado que las inversiones de naturaleza financiera o inmobiliaria no se consideran inversiones a fines.

En definitiva, se obligaría a «gastar» a la fundación la plusvalía en un teórico corto período de tiempo.

Debemos tener en cuenta que, si el bien enajenado fuera de la dotación fundacional o un inmueble y se reinvierte lo obtenido en otro inmueble también para los fines de la fundación, se ajustaría tal beneficio al no computarse como destinado a fines. En esos casos por lo tanto no se plantearía el problema.

3. Exceso de destino a fines

En muchas ocasiones se produce un exceso de destino efectivo respecto a la obligación que tiene la fundación. Una vez determinada la cuantía a destinar y el destino efectivo, se comprueba no solo que la entidad ha cumplido con la cuantía obligada, sino que es aún mayor el destino efectivo. Lo que pudiéramos denominar como «exceso de destino» ¿sería aplicable a ejercicios posteriores?

Es cierto que la legislación sustantiva de fundaciones no establece nada en este sentido, indicando únicamente que en caso que no se cubriera la parte a destinar el ejercicio económico de obtención de los ingresos, la fundación tendría los cuatro años siguientes para cubrirlo, pero no que ocurriría en caso contrario.

Esta circunstancia por tanto se queda a interpretación de la fundación en sus cálculos, pero sobre todo del Protectorado en la revisión que realiza posteriormente.

En nuestra opinión, si el destino efectivo son gastos e inversiones a fines que la entidad ya ha realizado, entendemos que en caso de exceso, lo ha hecho anticipadamente, pero que debe tenerse igualmente en consideración y computar en ejercicios posteriores.

No encontramos sentido al planteamiento contrario basado en que el exceso no se considere por el mero hecho de que no se indique la regulación de forma expresa. La regulación ya establece que entiende por destino efectivo, ya indica que si éste no cubre la obligación la fundación lo deberá hacer en ejercicios económicos siguientes, por lo que no cabe más lógica que si destina en exceso, se aplique también en ejercicios siguientes.

Además no debemos olvidar que dentro del destino efectivo deben incluirse las inversiones, algo que no está directamente correlacionado con los ingresos contables. En consecuencia la inclusión de las inversiones hace que incrementen notablemente el ejercicio en que se produzcan el destino efectivo, seguramente por encima de la obligación a destinar; si ese exceso que se produce no se pudiera tener en cuenta en años posteriores, no tendría sentido incluir la inversión, sino en su caso la amortización, es decir, si la inclusión de la inversión hace que tenga exceso en el destino efectivo y la entidad no puede aplicarla posteriormente, en nuestra opinión debería plantearse, aunque no esté contemplado legalmente, la inclusión de la inversión a través de la amortización contable futura⁴⁵. Podríamos llegar al absurdo de que una fundación se plantease la adquisición de inversión con pasivo para que de esa forma el cómputo del destino efectivo fuera mediante la amortización del pasivo y no en la fecha de adquisición de la inversión.

4. *Las inversiones como destino efectivo*

Tal y como desarrollamos anteriormente la normativa fundacional establece que se considera destinado a fines el importe de los gastos e inversiones realizados en cada ejercicio, que efectivamente hayan contribuido al cumplimiento de los mismos.

En relación a los gastos parece claro que son aquellos imputados a las actividades calificadas como propias. Sin embargo en relación a las inversiones

⁴⁵ En caso de que lógicamente fuera amortizable.

es más subjetiva la determinación de que inversiones pueden considerarse como tal.

De forma textual serán aquellas que «hayan contribuido al cumplimiento de los fines», el problema será el concepto de «contribuir» dado que parece claro que cualquier inversión material o intangible asignada a la actividad propia, contribuyen al cumplimiento, pero las de carácter financiero o inmobiliario, las cuales se realizan esperando la obtención de un rendimiento ¿no están contribuyendo con los rendimientos generados?

Tradicionalmente no se consideran las inversiones financieras o inmobiliarias como destino efectivo, sin embargo, en nuestra opinión también son inversiones que, si bien no se destinan de forma directa al cumplimiento de fines, si contribuyen a los mismos, que es lo que determina textualmente la legislación fundacional.

5. *Obligación de destino de ingresos no cobrados y el posible deterioro del crédito*

El legislador en el año 1996 cuando elaboró el reglamento de fundaciones de la derogada *Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General*, determinó que los ingresos a tener en cuenta eran los cobrados.

Ello determinaba un problema evidente en el cálculo al partir de una contabilidad que aplica el principio de devengo, pero sin embargo tenía una lógica en el sentido de que los ingresos no se destinarán hasta que no se hubiera efectivamente cobrado.

El hecho de partir del excedente del ejercicio hace que en el registro contable del ingreso se «active» la obligación de destino a fines. Dado que la contabilidad aplica devengo sería por tanto el mismo el que determina la obligación.

En nuestra opinión el hecho de que la corriente financiera, es decir, el cobro, se produzca posteriormente tampoco debería suponer un problema dado que la obligación de destino no es únicamente el año de obtención, es decir, del devengo, sino también los cuatro siguientes, entendemos tiempo suficiente para cobrar los ingresos y poder destinarlos.

Sin embargo creemos que el problema pudiera producirse si finalmente no se cobrara el ingreso, dado que hubiera insolvencia por parte del deudor.

Desde el punto de vista contable, los ingresos devengados pendientes de cobro generan un activo, un derecho de cobro a corto o largo plazo. En el

caso de que existiera posibilidad de impago la normativa contable, en este caso la norma de los instrumentos financieros, obligarían a registrar un deterioro de valor del activo. En caso de que el impago fuera definitivo, se debería dar de baja el activo financiero registrando una pérdida por su importe.

La pregunta planteada es, si el ingreso devengado activa el destino de obligatorio de rentas e ingresos ¿el posible impago o impago definitivo corrige esa obligación dado que la falta de cobro haría que por lógica no debería haber destino? Analicemos la situación por separado:

- En caso de posible impago la normativa contable obligaría a registrar un gasto por deterioro del activo financiero. Dicho gasto, en función de lo establecido en el Manual del Protectorado que analizamos anteriormente, sería un gasto no imputado a actividades, por lo tanto deducible pero no gasto a fines. Tengamos en cuenta que el devengo motiva la obligación por el porcentaje de destino, mientras que el gasto deducible motiva un menor destino también por el porcentaje de destino. Si dicho porcentaje fue el mismo, no habría problema, en el caso de que no fuera así si pudiera producirse un perjuicio (por ejemplo supongamos que en el momento del devengo del ingreso el porcentaje de destino es del cien por cien y posteriormente cuando el gasto por deterioro es deducible el porcentaje fuera del setenta por ciento, en ese caso la obligación de destino del ingreso no se corregiría completamente por el hecho de haber un gasto por deterioro deducible). Por último si posteriormente el activo si se cobrara, el deterioro se daría de baja como ingreso, lo que se denomina reversión del deterioro, y activaría nuevamente el destino de rentas al tratarse de un ingreso del excedente del ejercicio.
- En caso de baja definitiva el análisis sería el mismo, salvo que ya no habría posibilidad de reversión.

XII. Conclusión final

El objetivo del presente artículo ha sido el desarrollo del destino de rentas e ingresos que tienen como obligación las fundaciones en cumplimiento de su norma sustantiva, así como condición para el acceso a la Ley de Mecenazgo.

Para ello hemos ido desgranando los cálculos y los conceptos necesarios para la comprobación de su cumplimiento, algo que esperamos haber realizado con algo de acierto y claridad, asumiendo la complicación que ello supone.

Las reflexiones que hemos puesto de manifiesto en el apartado anterior, iban dirigidas más a modo de conclusiones, planteando distintos problemas que genera en su desarrollo y por tanto las mejoras que en nuestra opinión deberían producirse de cara a evitar la complicación o confusión por parte de las fundaciones.

Por ello a modo de conclusión final quisiéramos dar respuesta a la pregunta que planteábamos en el título del estudio, es decir, el destino obligatorio de rentas e ingresos es una obligación para considerar a una entidad como «sin fines lucrativos» o es un «arte», bajo una de las definiciones del Diccionario de la Real Academia Española que nos define arte, como «conjunto de preceptos y reglas necesarios para hacer algo».

Tenemos claro que se trata de una condición necesaria para considerar a una entidad como «sin fines lucrativos», dado que como hemos expresado en varias partes del estudio, la falta de lucro no está en la actividad, sino en la entidad, y ésta no tiene ánimo de lucro, no solo por el hecho de no tener capital-propiedad, sino porque destina lo generado u obtenido a los fines de interés general para lo que fue constituida.

Por ello la fundación, como entidad sin fines lucrativos, precisa de la existencia del destino de rentas e ingresos.

Sin embargo, entendemos que no es necesario que los cálculos que lleva la comprobación de su cumplimiento, se hayan convertido en un «arte», sino que se precisa de una mayor claridad y sencillez, donde además no se deje lugar a dudas, del cumplimiento de los fines fundacionales, razón de ser de la fundación. Que no haya dudas de ello.

Bibliografía utilizada

- BLÁZQUEZ LIDOY, A. y otros: *La contabilidad de fundaciones y asociaciones. Aplicación práctica del Plan contable de las entidades sin fines lucrativos*, Ediciones Cinca, 2013.
- : *Documento 4. Identidad de las entidades sin fines de lucro*, Comisión de Estudio de las ESFL, AECA, noviembre 2013
- : Manual de la Nota de la Memoria contable «Actividad de la entidad. Aplicación de elementos patrimoniales a fines propios. Gastos de administración», Subdirección General del Protectorado de Fundaciones, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
- RÚA ALONSO DE CORRALES, E.: «El destino de rentas e ingresos. Cálculo mediante las cuentas anuales», *Biblioteca Básica*, Asociación Española de Fundaciones 2006.



Sobre el deber de evitar la instrumentalización de las fundaciones en la financiación del terrorismo*

Lorena Varela

Postdoctoral Researcher-Universität des Saarlandes (Alemania)

Profesora de Derecho penal-Universidad Internacional de La Rioja (España)

SUMARIO: I. ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA: LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO DESDE LAS FUNDACIONES: 1. *La Cuarta Directiva Europea y la Recomendación 8 del GAFI*. 2. *La normativa española: la LO 10/2010 y el Manual de Mejores Prácticas*. 3. *La conexión entre la normativa administrativa y el tipo penal imprudente de financiación del terrorismo*: A) Un apunte sobre el fundamento de la imprudencia que se tipifica.—II. SUJETOS OBLIGADOS POR LA NORMA ADMINISTRATIVA Y SUJETOS ACTIVOS DEL TIPO PENAL: 1. *Aproximación a la posición de garantía del Patrono: entre la autoprotección fundacional y el interés general*. 2. *El alcance jurídico-penal de la responsabilidad penal del Patrono*.—III. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. Estado actual del problema: la financiación del terrorismo desde las fundaciones

Desde todas las instancias nacionales e internacionales se reconoce que las organizaciones sin fines de lucro (OSFL) son entidades sensibles al riesgo de uso y abuso para actividades de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Los grupos dedicados al terrorismo se abastecen y financian a través de formas de ingeniería financiera desde hace tiempo conocidas, como lo son la delincuencia tradicional y las sociedades tapaderas, pero también recurren y se sostienen a merced de fuentes legales, como lo son las mismas entidades financieras públicas, las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro y el aporte de simpatizantes y donantes no cómplices¹. Desde antaño las

* Versión actualizada de la publicada bajo el título «El papel de las fundaciones en la financiación del terrorismo. Una primera aproximación a la posición de garante de los sujetos obligados a velar por la no-instrumentalización de las fundaciones en actividades terroristas» en FERRÉ OLIVÉ y PÉREZ CEPEDA (dirs.), BUSTOS RUBIO (coord.), *Financiación del terrorismo*, Tirant lo Blanch Editorial, Valencia 2018, pp. 139-183.

¹ Sobre algunas de las formas de ingeniería financiera y fuentes legales empleadas para la financiación de los grupos terroristas, véase BUSTOS RUBIO, M., «¿Cómo se financian los grupos y organizaciones terroristas? Una visión político-criminal», en FERRÉ OLIVÉ y PÉREZ

asociaciones benéficas no gubernamentales desempeñan, prácticamente de modo involuntario, aunque cada vez más conscientes de ello, una función de sostén a grupos terroristas y a sus comunidades satelitales². Como las asociaciones benéficas tienen como objeto fundacional la realización del interés social o general, algunas de ellas, como las establecidas en las comunidades islámicas de cualquier parte del mundo, suelen encontrarse encomendadas a tareas relacionadas con la construcción de escuelas o centros de enseñanza primaria, construcción o provisión de lugares de rezo o mezquitas, asistencia de traducción e interpretación ante las instancias del Estado, etc.³; todas ellas, actividades de sostenimiento y conservación del asentamiento satelital al grupo terrorista, que se vale de tales recursos materiales, económicos y hasta humanos para la consecución de sus fines criminales⁴. La dimensión del problema se agrava cuando, además, casi en la totalidad de supuestos, los potenciales y reales benefactores de la asociación desconocen que, a través de sus aportes, se encuentran colaborando directa o indirectamente en actividades con fines terroristas. Una de las principales razones de este solapamiento de situaciones responde a que en la cultura árabe, «no existe separación entre fines terroristas, benéficos o culturales, por eso una buena parte del dinero

CEPEDA (dirs.), BUSTOS RUBIO (coord.), *Financiación del terrorismo*, Tirant lo Blanch Editorial, Valencia, 2018, pp. 13-56; BLANCO CORDERO, I., «¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?», en *Athena Intelligence Journal*, v. 4, n.º 1, 2009, pp. 35-68; pp. 35-36, 39; CANO PAÑOS, M. A., «Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo», en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 7, 2009, pp. 1-30, pp. 24 y ss. (distinguiendo entre el viejo terrorismo, que apelaba a la delincuencia común y el nuevo terrorismo, que también se sustenta desde mecanismos legales); SÁNCHEZ MEDERO, G., «Las fuentes de financiación legales e ilegales de los grupos terroristas», en *Revista Política y Estrategia*, edición 112, 2008, pp. 50-74; pp. 52-53; GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «Las finanzas del terrorismo de al-Qaida. Una lucha desenfocada», en *Athena Intelligence Journal*, v. 2, n.º 22, 2007, pp. 195-212; PASSAS, N. y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «La financiación del terrorismo de Al Qaida: mitos y realidades», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED), n.º 19, 2007, pp. 493-521, pp. 495 y ss. En la literatura alemana, véase ZÖLLER, M. A., «Der Terrorist und sein (Straf-)Recht. Wege und Irrwege der neueren Gesetzgebung zur Terrorismusbekämpfung», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, v. 163, 2016, pp. 90-108, p. 106; SIEBER, U. y VOGEL, B., *Terrorismusfinanzierung. Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht*, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, pp. 10 y ss., p. 17; ÖHLER, CH., «Terrorismusbekämpfung mit den Instrumenten der Finanzmarktaufsicht», en *Die Verwaltung*, n.º 41-3, 2008, pp. 405-434, pp. 414-415.

² Cfr. SÁNCHEZ MEDERO, cit. nota 1, p. 55.

³ Cfr. SÁNCHEZ MEDERO, cit. nota 1, p. 55.

⁴ Sin duda, la fuente económica resulta ser la más importante en la financiación del terrorismo, pero también lo son «el apoyo religioso, social y cultural que solidariza y fortalece» a los grupos terroristas. Cfr. PASSAS/GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, cit. nota 1, p. 494.

procede de manos privadas, sobre todo de las comunidades musulmanas en Europa y de Estados como Irán, Pakistán, Sudán y Arabia Saudita»⁵.

La experiencia global ha logrado concluir que las organizaciones terroristas se valen y explotan a algunas asociaciones sin fines de lucro para recaudar fondos y recursos y brindar apoyo logístico, alentando al reclutamiento de simpatizantes y potenciales atacantes terroristas⁶. El grado de vulnerabilidad de instrumentalización de las organizaciones sin fines de lucro por parte de los grupos terroristas se debe, entre otros motivos, a que estas entidades de beneficencia disfrutaban de la confianza pública, poseen un prestigio y fama muchas veces internacional, tienen acceso a fuentes considerables de fondos y recursos provenientes de particulares, y reciben ayudas y subvenciones de los gobiernos u otras instancias administrativas, sumado al hecho de que, hasta hace poco tiempo atrás, las fundaciones no contaban con una normativa de control del flujo de las donaciones y desembolso del dinero⁷, de forma que, el anonimato y la fácil fluidez del dinero resultaba una oportunidad ideal de financiación de los grupos terroristas⁸. Todo este mecanismo de inteligencia que permite el financiamiento de las actividades terroristas a través de las fundaciones no sólo socava la confianza de los donantes y benefactores, sino que coloca en serio peligro la existencia jurídica de la misma entidad fundacional⁹. Por estas razones desde las instancias internacionales más comprometidas en la lucha contra el terrorismo se vienen asumiendo políticas de protección de las organizaciones sin fines de lucro frente al latente peligro de abuso al que pueden ser sometidas como canales de financiación del terrorismo¹⁰.

1. La Cuarta Directiva Europea y la Recomendación 8 del GAFI

Todo el ámbito relativo al Derecho penal del terrorismo se encuentra desde hace tiempo, y de forma intensiva desde hace poco, directamente vinculado con las directrices de Derecho europeo e internacional en la materia.

⁵ Cfr. SÁNCHEZ MEDERO, cit. nota 1, p. 55.

⁶ Sobre la referencia de la experiencia global, véase la nota explicativa a la Recomendación 8 de los *International standards on combatting money laundering and the financing of terrorism & proliferation (The FATF Recommendations)*, actualización a junio de 2019, punto 2, p. 52, en la Página Web Oficial del GAFI (en inglés): <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>.

⁷ Durante mucho tiempo las OSFL estuvieron sometidas a controles gubernamentales laxos.

⁸ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, punto 3, p. 52.

⁹ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, punto 2, p. 52.

¹⁰ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, punto 2, p. 52.

La última Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20/05/2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo¹¹, llamada la Cuarta Directiva, reconoce en sus considerandos que «con vistas a reforzar la eficacia de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, los oportunos actos legislativos de la Unión deben adaptarse, cuando proceda, a las... “Recomendaciones revisadas del GAFI”»¹². Entre abril y mayo de 2018 el Parlamento Europeo y el Consejo adoptan una nueva Directiva que refuerza algunas de las normas de la Directiva (UE) 2015/84, a través de las siguientes enmiendas: ampliación al acceso de la información sobre beneficiarios reales mejorando la transparencia en la propiedad de empresas y fideicomisos; consideración de los riesgos relacionados con las tarjetas prepagas y las monedas virtuales; cooperación entre diferentes unidades de inteligencia financiera; perfeccionamiento de los controles en transacciones que involucran a terceros países de alto riesgo; entre otras mejoras. La Directiva 2015/849 establece, que las fundaciones quedan equiparadas a los sujetos obligados y a los deberes de identificación de los titulares reales de la operación y de información del negocio por parte de las personas jurídicas y físicas sometidas a la normativa antiblanqueo¹³. No cabe duda alguna, que los procesos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo son desde hace tiempo fenómenos delictivos estrechamente vinculados y son, cada vez más, las dos caras de una misma moneda¹⁴: la macro-

¹¹ Directiva 2015/849 por la que se modifica el Reglamento (UE) número 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, y la Directiva de mayo de 2018, disponibles en la Página Oficial de la Comisión Europea (en español): http://ec.europa.eu/justice/civil/financial-crime/applying-legislation/index_en.htm y en la Página Oficial del Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea (en español e inglés): <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2018/05/14/money-laundering-and-terrorist-financing-new-rules-adopted/>. Sobre las estrategias asumidas por la Unión Europea en la Cuarta Directiva, véase DE CARLOS IZQUIERDO, J. I., «La Unión Europea contra la financiación del terrorismo», en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 65, 16/06, 2017, pp. 1-18, pp. 12 y ss.; también sobre la normativa europea, AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, A. L., *Terrorismo en el siglo XXI. La respuesta penal en el escenario mundial*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 134 y ss.

¹² Cfr. Directiva (UE) 2015/849, cit. nota 11, punto 4, p. 2. Y lo repite en el punto 28, p. 5, cuando señala que la Comisión debe tener en cuenta, entre otras fuentes, las declaraciones públicas del GAFI en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

¹³ Cfr. Directiva (UE) 2015/849, cit. nota 11, punto 17, p. 4.

¹⁴ Sobre la financiación del terrorismo como blanqueo de capitales invertido o a la inversa, ZÖLLER, cit. nota 1, p. 106 («Terrorismusfinanzierung ist “spiegelbildliche” oder “umgekehrte Geldwäsche»»). Entienden que la financiación del terrorismo se manifiesta como un blanqueo de capitales a la inversa, porque permite el uso del dinero proveniente

criminalidad internacional¹⁵, aunque cada uno de ellos posea mecanismos de prevención en algunas dimensiones individualizados (por ejemplo, mientras que la lucha contra el blanqueo de dinero se enfoca especialmente en detectar el *origen* del dinero, la relativa a la financiación del terrorismo se concentra más que todo en el control del *destino* del dinero).

Junto a gran parte de los gobiernos, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) mantiene desde el año 2001 un interés proactivo y en ascenso de combatir el terrorismo a través de estrategias de inteligencia y prevención¹⁶. A partir del año 2015 el aumento de las amenazas y ataques terroristas en diversas partes del mundo ha incrementado el interés mundial por su lucha y represión¹⁷. Una de las estrategias consolidadas (*consolidated*

de fuentes legales en la realización de actos delictivos, como los ataques terroristas, PASSAS y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, cit. nota 1, pp. 496, 499, 516-517. Sobre la dificultad de combatir la financiación del terrorismo sólo a través del tipo del blanqueo de capitales (§261 del StGB), también ZÖLLER, M., *Terrorismusstrafrecht: ein Handbuch*, C. F. Müller, Heidelberg, 2009, p. 603.

¹⁵ Sobre el concepto de *Makrokriminalität*, consúltese la obra usual de referencia JÄGER, H., *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.

¹⁶ Cfr. Página Web Oficial del GAFI (en inglés): <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/terroristfinancing.html>. Como primer antecedente formal del interés internacional por combatir la financiación del terrorismo se puede citar la reunión de 1990, según lo manifestado en la Resolución 51/210 de 17/12/1996 de la Asamblea General y el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 [cfr. la referencia en PASSAS, N. «Financiación del terrorismo. Relación general», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, de la Cuesta Arzamendi (trad.), v. 79, número 3, 2008, pp. 345-366, p. 345; con más referencias normativas SIEBER y VOGEL, cit. nota 1, pp. 20 y ss., pp. 53 y ss.]. Y como últimos antecedentes formales se pueden citar la cumbre del G-20 realizada en la ciudad alemana de Hamburgo (07 y 08/07/2017), desde la cual se renovó el compromiso mundial de la lucha contra el terrorismo y sus fuentes de financiación, con expresa mención de apoyo a las estrategias consolidadas del GAFI y promoviendo políticas más estrictas para eliminar los llamados *safe spaces* (espacios seguros) en el sistema financiero del mundo que siguen permitiendo la financiación del terrorismo [cfr. *The Hamburg G20 Leaders' Statement on Countering Terrorism*, p. 2, en la Página Web Oficial del GAFI (en inglés): <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/g20-leaders-summit.html>, y la cumbre del G20 realizada en la ciudad argentina de Buenos Aires (21 y 22/07/2018), en donde se reconocieron los riesgos reales y crecientes del blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo de los activos criptográficos, así como la urgencia de tomar medidas para abordar estos riesgos [cfr. FATF Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, en la Página Web oficial del GAFI (en inglés): <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF-Report-G20-FM-CBG-July-2018.pdf>].

¹⁷ A lo que hay que sumarle el hecho cada vez más notorio de la utilización del sector financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo a escala mundial, «en la medida en que en el plano internacional se avanza hacia un mercado globalizado, sin fronteras y, por lo tanto, con menores controles. Así como el sistema bancario y financiero

strategy) del GAFI en la lucha contra el terrorismo se centra en el canal económico de financiación de las organizaciones terroristas, pues se asume como premisa que el ataque a los recursos económicos genera un ambiente hostil y de dificultad para el mantenimiento de estos grupos y la consecución de sus finalidades criminales¹⁸. Entre las formas escogidas por el GAFI para atacar las fuentes de financiación del terrorismo se encuentra la asunción de medidas preventivas de protección de determinados sectores de la economía, como las organizaciones sin fines de lucro (*non-profit organisations or NPO*), que puedan ser mediatizados y mal empleados para la provisión de fondos líquidos a las organizaciones terroristas¹⁹. Para orientar a los gobiernos en la aplicación de la normativa preventiva en materia de financiación del terrorismo, el GAFI ha publicado una serie de Directrices y Mejores Prácticas (*Guidance and Best Practices*), a través de las cuales se advierte el modo en cómo evitar el abuso de las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro en el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo²⁰.

En el año 1990 el GAFI publicó 40 Recomendaciones orientadas a combatir el uso indebido del sistema financiero por parte de personas que blanqueaban el dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas. Hacia el año 1996 se revisaron y actualizaron las Recomendaciones debido a la creciente tendencia a sofisticar los procesos y técnicas de lavado de activos. Fue a partir del 2001, que el GAFI incluyó entre las Recomendaciones el llamado financiamiento de actos y organizaciones terroristas, creando ocho (luego ampliadas a nueve) Recomendaciones Especiales sobre la financiación del terrorismo. En 2003 se produjo una segunda revisión de las Recomendaciones, que a la fecha han sido avaladas y reconocidas casi de modo universal como el

ha sido empleado desde siempre como instrumento privilegiado de reciclaje de los beneficios ilícitos e indebidos que se obtienen de las actividades delictivas» [cfr. FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo», en ABEL SOUTO y SÁNCHEZ STEWART (dirs.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), Valencia, 2009, pp. 247-261, p. 251], así también las entidades sin fines de lucro son instrumentalizadas para financiar ilícitamente la comisión de actos terroristas.

¹⁸ Cfr. *Consolidated FATF strategy on combatting terrorist financing* (19/02/2016), p. 1, disponible en la página web oficial del GAFI (en inglés): <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/terroristfinancing.html>. Luego de los ataques a las Torres Gemelas el 11/09/2001, el Secretario de Estado del Gobierno de los Estados Unidos de América, Colin Powell expresó al mundo «(...) *money is the oxygen of terrorism. Without the means to raise and move money around the world, terrorists cannot function*». Cfr. http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/specials/attacked/transcripts/bushtext_110701.html#powell. En la doctrina lo advierten PASSAS/GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, cit. nota 1, p. 494.

¹⁹ Cfr. *Consolidated FATF strategy*, cit. nota 18, p. 2.

²⁰ Cfr. *Consolidated FATF strategy*, cit. nota 18, p. 2.

estándar internacional contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo (siglas: ALA/CFT)²¹. Las 40 Recomendaciones se inscriben bajo el título *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism and proliferation. The FATF Recommendations* (Estándares internacionales sobre la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y su proliferación. Las recomendaciones del GAFI), actualizadas a junio de 2019²². En relación con la financiación del terrorismo desde las organizaciones sin fines de lucro cobran especial interés las Recomendaciones 1, 5 y más concretamente la Recomendación 8 junto a su nota explicativa.

En la Recomendación 1 se regula lo que podría denominarse el baremo de medición de las políticas y estrategias preventivas del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo a nivel mundial: el enfoque orientado al riesgo, o basado en el riesgo (*risk-based approach*). El GAFI aconseja unificar los criterios de determinación de la inteligencia combativa de esta clase de hechos encomendando a los países miembros, que dicten leyes que exijan la identificación, evaluación y la consideración del lavado de activos y de financiación del terrorismo desde el mayor o menor riesgo que determinadas actividades supongan en relación con estos delitos. Para la realización de tal fin se deberán asumir medidas idóneas, eficaces y proporcionales, incluyendo la designación de una autoridad competente para coordinar tales acciones de prevención. Las medidas encaminadas a mitigar el riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo deberán propender a la eficacia, pero desde la proporcionalidad con los riesgos identificados como potencialmente delictivos²³. En pocas palabras: a mayor riesgo, medidas más intensivas y rigurosas de prevención y a menor riesgo, medidas simplificadas de prevención²⁴. Consciente de esta necesaria consideración, también la Cuarta Directiva europea reconoció que el riesgo de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo no es el mismo en todos los casos, de forma tal, que las medidas a adoptarse para su prevención tendrán que asumir un planteamien-

²¹ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, pp. 6 y ss.

²² Cfr. *International standards*, cit. nota 6. En enero de 2018 el GAFI publicó en su página oficial un nuevo Informe sobre la financiación del terrorismo relativo a la Financiación del reclutamiento con fines terroristas (*FATF Report: Financing of Recruitment for Terrorist Purposes*). En sus puntos 32, 33 y 40, pp. 11, 12 y 19, reitera una vez más el alto riesgo de financiación del terrorismo que se deriva de las OSFL. En julio de 2019 el GAFI publicó un nuevo Informe sobre la Financiación del terrorismo en materia de evaluación de riesgos, haciendo mención de la Recomendación 8 y de la forma de cómo determinar el riesgo en las OSFL (*FAFT Report: Terrorist Financing Risk Assessment*), en su Parte 4, pp. 43 y ss.

²³ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, p. 9.

²⁴ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, nota interpretativa de la Recomendación 1, pp. 29 y ss.

to holístico basado en el riesgo. Este tipo de planteamiento implica tomar decisiones basadas en hechos para centrarse mejor en los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo a que se enfrenta la Unión Europea y quienes operan en su ámbito espacial²⁵. Por su parte, la Recomendación 5 sugiere a los gobiernos el incluir la tipificación del delito de financiación del terrorismo en su catálogo penal, teniendo en cuenta el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo. La financiación debe hacer referencia no sólo a actos o actividades terroristas, sino también al financiamiento de grupos y organizaciones terroristas, así como de terroristas individuales²⁶.

La Recomendación 8 se refiere expresamente a la financiación del terrorismo a través de las organizaciones sin fines de lucro. Al respecto señala, en consonancia con la Recomendación 1²⁷, que los países deben revisar la idoneidad de las leyes y reglamentos relacionados con las organizaciones sin fines de lucro que el mismo país ha identificado como vulnerables al abuso de la financiación del terrorismo. Los países deben aplicar medidas proporcionadas, en la línea del enfoque basado en el riesgo, a estas organizaciones sin fines de lucro para protegerlas del abuso de la financiación del terrorismo, incluyendo: (a) organizaciones terroristas que se presentan como entidades legales; (b) mediante la explotación de entidades legales como conductos para la financiación del terrorismo, incluso con el fin de escapar a las medidas de congelación de activos (que es una de las sanciones previstas para las personas físicas/jurídicas que financien actividades de esta índole); y (c) ocultando la desviación clandestina de fondos destinados a fines legítimos a organizaciones terroristas²⁸.

²⁵ Cfr. Directiva (UE) 2015/849, cit. nota 11, punto 22, p. 4. También, el punto 30, p. 5, señala que el riesgo en sí mismo es variable por naturaleza y los factores que intervengan, ya sean solos o combinados, pueden aumentar o reducir el riesgo potencial planteado, influyendo de esta forma en el nivel adecuado de las medidas preventivas (como las medidas de diligencia debida hacia el cliente). Así pues, existen circunstancias en las que conviene aplicar medidas reforzadas de diligencia debida y otras en las que puede resultar oportuno aplicar procedimientos simplificados.

²⁶ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, p. 11, junto a la nota interpretativa de la Recomendación 5 en pp. 35 y ss. Sobre la *Empfehlung 5*, véase SIEBER y VOGEL, cit. nota 1, pp. 39 y ss., pp. 176 y ss.

²⁷ Según las *Best practices. Combating the abuse of non-profit-organisations (Recommendation 8)*, 26/06/2015, punto III, p. 7, la Recomendación 8 no actúa de manera aislada. Su implantación debe ser coherente con los requisitos fundamentales de la Recomendación 1 sobre el enfoque basado en el riesgo. Disponible en la Página Oficial del GAFI (en inglés): [http://www.fatf-gafi.org/documents/guidance/?hf=10&b=0&s=desc\(fatf_releasedate\)](http://www.fatf-gafi.org/documents/guidance/?hf=10&b=0&s=desc(fatf_releasedate)).

²⁸ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, p. 11.

En la misma línea, la nota interpretativa de la Recomendación 8 realiza una serie de aclaraciones sobre sus términos y alcance. La misma se divide en cuatro ítems y un glosario de términos técnicos: A) Introducción, B) Objetivos y principios generales, C) Medidas y D) Recursos de supervisión, monitoreo e investigación. En la Introducción se define a la OSFL como la persona jurídica que se dedica principalmente a recaudar y desembolsar fondos para fines caritativos, religiosos, culturales, educativos, y cualquier otro tipo de buenas obras (*good works*)²⁹. En el punto referente a los Objetivos se especifica que la Recomendación 8 del GAFI tiene como objetivo el de velar para que los grupos terroristas no utilicen abusivamente de los mecanismos de financiación de las organizaciones sin fines de lucro³⁰. En el apartado de las Medidas se deja en claro que no todas las organizaciones de beneficencia son intrínsecamente de alto riesgo (*high risk*), de forma tal que serán los gobiernos a través de sus legislaciones los que deberán discriminar qué tipo de organizaciones han de encuadrarse en el régimen de las más vulnerables a la instrumentalización con fines terroristas, proveyéndoles de protección³¹. En el ítem sobre Recursos, el GAFI recomienda que los gobiernos proporcionen a sus autoridades competentes los recursos financieros, técnicos y humanos necesarios para llevar a cabo las tareas asignadas de supervisión, seguimiento e investigación de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo³². Finalmente, el glosario de términos incluye las siguientes definiciones: (1) autoridades competentes (*appropriate authorities*), que son aquellas instancias reguladoras, tributarias, policiales, de inteligencia y de acreditación; (2) organizaciones sin fines de lucro asociadas (*associate NPOs*), que son las sucursales extranjeras de las organizaciones sin fines de lucro internacionales y las organizaciones sin fines de lucro con las que se han concertado algún tipo de asociación; (3) beneficiarios (*beneficiaries*), que se refiere a las personas naturales o grupos de personas físicas que reciben asistencia caritativa, humanitaria o de otro tipo a través de los servicios de la asociación sin fines de lucro; (4) organización sin fines de lucro, reiterando la definición dada en la Introducción; y, para cerrar; (5) abuso de financiación del terrorismo (*terrorist financing abuse*), que se refiere a la explotación por parte de las organizaciones terroristas de las fundaciones y asociaciones no lucrativas para recaudar fondos, proporcionar apoyo logístico, fomentar o

²⁹ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, punto 1, p. 52.

³⁰ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, punto 4, p. 53.

³¹ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, puntos 5 y 6, p. 54.

³² Cfr. *International standards*, cit. nota 6, punto 7, p. 57.

facilitar el reclutamiento de terroristas, o bien para apoyar a terroristas u organizaciones y operaciones terroristas³³.

Finalmente, el documento de *Mejores prácticas* del GAFI se enfoca en desarrollar con más detalles la Recomendación 8 y su nota explicativa. En el punto II.e señala que tanto la Recomendación 8 y el Documento de mejores prácticas no resultan vinculantes para evaluar el cumplimiento de las normas del GAFI, pero se aconseja su observación, o al menos su consulta, por parte de los gobiernos y el sector de las organizaciones sin fines de lucro, a la hora de determinar la mejor forma de prevenir y mitigar el uso indebido de estas asociaciones para financiar actividades terroristas. A través de la enumeración meramente ejemplificativa de las Mejores Prácticas se ilustran una serie de medidas tendentes a alcanzar los objetivos de la Recomendación 8³⁴, dirigidas por un lado a los países miembros y por el otro a las organizaciones de beneficencia. Entre algunas de las Mejores prácticas dirigidas a los gobiernos se señalan las siguientes: conocer y mitigar el riesgo, acercamiento al sector y supervisión y seguimiento de las OSFL, lo que ha de quedar contemplado en las respectivas legislaciones y normativas sobre la materia³⁵; y entre las dirigidas a las fundaciones se mencionan las siguientes: evaluación y mitigación del riesgo, enfoque basado en el riesgo y medidas de autorregulación y buen gobierno³⁶.

2. *La normativa española: la LO 10/2010 y el Manual de Mejores Prácticas*

En consonancia con las diferentes reuniones, conversaciones y compromisos internacionales en materia de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo³⁷, España incluyó en el artículo 2.1 hasta la letra y de la Ley Orgánica (LO) 10/2010 de 28/04 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo³⁸ una enumeración

³³ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, p. 57.

³⁴ Cfr. *Best practices*, cit. nota 27, p. 4.

³⁵ Cfr. *Best practices*, cit. nota 27, pp. 10-21.

³⁶ Cfr. *Best practices*, cit. nota 27, pp. 22-27.

³⁷ Sobre la normativa europea e internacional que alimenta la normativa española hasta 2010, véase VEGA SÁNCHEZ, M.V., *Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (Nueva Ley 10/2010, de 28 de abril)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.

³⁸ Publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) n.º 103 el 29/04/2010, en transposición de las Directivas (UE) 2005/60 y 2006/70, unificando lo relativo al régimen de prevención del blanqueo de capitales y el de financiación del terrorismo. El Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de Directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y

extensa de sujetos obligados a prevenir desde sus instancias la comisión de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Entre los sujetos obligados se mencionan a las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro, en los términos del artículo 39. Este último precepto determina que, en ejercicio de las funciones que les atribuye la Ley de fundaciones 50/2002 de 26/12³⁹, el Patronato y el Protectorado deberán velar para que estas entidades no sean instrumentalizadas para el blanqueo de capitales ni para canalizar fondos y recursos a personas vinculadas a grupos u organizaciones terroristas. Asimismo, señala el precepto que atendiendo a los riesgos a los que se encuentre expuesto el sector, podrán extenderse reglamentariamente a las fundaciones el resto de las obligaciones establecidas en la LO 10/2010.

Como medidas mínimas destinadas a cumplimentar este objetivo la LO 10/2010 establece las siguientes: (a) identificación y registración del donante o beneficiario, esto es, la identificación del titular real y de todas las personas físicas y jurídicas que aporten y reciban a título gratuito fondos o recursos de la fundación (arts. 3 y 4); (b) conservación de documentos y registros durante el plazo mínimo de 10 años (art. 25); (c) todos los documentos y registros se mantendrán a disposición del Protectorado, de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC), así como también de los órganos administrativos o judiciales con competencias

requisitos de entrada y residencia de nacionales de países terceros, modifica la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, con el objeto de incorporar la Directiva 2015/849, que establece obligaciones adicionales a las de la ley española en materia de licencia o registro de prestadores de servicios a sociedades, así como la modificación del régimen de sanciones y el establecimiento de canales de denuncia. Sobre la *Geldwäschegesetze* (GwG) alemana, OHLER, cit. nota 1, pp. 423 y ss. El 26/06/2017 entró en vigor la nueva normativa alemana sobre la prevención del blanqueo de capitales, que transpone la Cuarta Directiva 2015/849 (*Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen*). Sobre el alcance de esta última Directiva, antes de su definitiva transposición, MÜLLER, N., «Transparenz auf allen Ebenen —Zur Umsetzung der Vierten Geldwäscherichtlinie— Teil 2», n.º 4, 2017, pp. 121-129 y «Transparenz... Teil 1», n.º 3, 2017, pp. 87-99, ambos artículos en *Neue Zeitschrift für die Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*; también en MÜLLER, N., «Das Geldwäscheregister nach Art. 30 und 31 der Vierten Geldwäscherichtlinie und seine Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 128(4), 2016, pp. 1021-1088.

³⁹ Publicada en el BOE n.º 310 el 27/12/2002. Entre las funciones que le encomienda la Ley de fundaciones, el Patronato debe cumplir con los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos (art. 14.2). El cargo de los Patronos ha de desempeñarse con la diligencia de un representante leal (art. 17).

en el ámbito de la prevención o persecución del blanqueo de capitales o del terrorismo (arts. 39 y 21); y (d) aprobación de procedimientos adecuados y de un manual de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos para oficial de mecanismo preventivo del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; asimismo, se establecerá un órgano de control interno responsable de la aplicación de estos procedimientos, órgano que operará con separación funcional del departamento de auditoría interna del sujeto obligado (art. 26)⁴⁰.

Así también, el artículo 42 del Real Decreto 304/2014 de 05/05⁴¹, que reglamenta las medidas adoptadas en la LO 10/2010, establece en su punto 1 la obligación de identificación de las personas que *reciban* a título gratuito fondos o recursos de la fundación, y para cuando la naturaleza del proyecto o actividad haga inviable la identificación individualizada de las personas receptoras se ha de proceder a la identificación del colectivo de beneficiarios, así como también de las contrapartes y colaboradores en el proyecto o actividad en cuestión. En el punto 2 se establece una obligación de identificación de las personas que *aporten* a título gratuito fondos o recursos a la fundación por un importe igual o superior a cien euros (100 €). Esto es, el Reglamento obliga a la identificación tanto de la persona beneficiaria como de la persona donante del recurso económico o financiero. Y, finalmente, el punto 3 añade una serie de medidas de cumplimiento a las fundaciones y asociaciones: (a) implementar procedimientos para garantizar la idoneidad de los miembros de los órganos de gobierno y de otros puestos de responsabilidad de la entidad; (b) aplicar procedimientos para asegurar el conocimiento de sus contrapartes, incluyendo su adecuada trayectoria profesional y la honorabilidad de las personas responsables de su gestión; (c) aplicar sistemas adecuados, en función del riesgo, de control de la efectiva ejecución de sus actividades y de la aplicación de los fondos conforme a lo previsto; (d) informar al Servicio Ejecutivo de la Comisión de los hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo;

⁴⁰ Sobre las medidas de control interno en las fundaciones, BLASCO DÍAZ, J. L. y FABRA VALLS, M., «El control interno», en VIDALES RODRÍGUEZ (dir.) y FABRA VALLS (coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2015, pp. 137-189 (epígrafe 3 a cargo de BLASCO DÍAZ, pp. 156-169), pp. 162 y ss.; FABRA VALLS, M., «Otras disposiciones», en la misma obra, pp. 225-249, pp. 228 y ss., pp. 237 y ss.

⁴¹ Publicado en el BOE n.º 110 el 06/05/2014. A enero de 2018 existe un proyecto de modificación del Real Decreto de 2014, en consonancia con el Anteproyecto de modificación de la LO 10/2010, que no conlleva modificaciones sustanciales, sino parciales reajustes de cara a mejorar la eficiencia y funcionamiento de la norma y su contenido.

y, (e) colaborar con la Comisión y con sus órganos de apoyo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la LO 10/2010.

Todo este abanico de deberes previstos para la evitación de comportamientos destinados al blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, que se encuentran a cargo de las fundaciones, ha de ser interpretado como el mecanismo deóntico orientado a prevenir la instrumentalización de la entidad con fines criminales⁴². En este sentido, por ejemplo, la obligación de identificación del sujeto receptor cumple la función de evitar donaciones a personas anónimas que desempeñen alguna función principal o de colaboración en grupos u organizaciones terroristas. Asimismo, la obligación de determinar el tipo de operación y el riesgo de blanqueo de capitales proveniente de una donación, también cumple la función de impedir el ingreso a las finanzas legales de la fundación de dinero proveniente de actividades terroristas. Y, también, en este sentido, la obligación de denunciar cualquier actividad sospechosa de blanqueo o de potencial financiación del terrorismo ante los organismos competentes, cumple la legal función de prevenir la instrumentalización de la entidad en la criminalidad terrorista.

Por su parte, a nivel orientativo no formalmente vinculante, aunque podría entenderse que sí materialmente, se encuentra el denominado manual o documento de *Mejores prácticas* del Ministerio de Educación y Cultura español (MEC), que reconociendo el elevado grado de vulnerabilidad de las fundaciones al riesgo de abuso para actividades de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo⁴³ aconseja, en casi idénticos términos que la LO 10/2010 y su Reglamento de 2014, asumir medidas de diligencia orientadas a prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. El documento señala que el mismo se encuentra direccionado a proteger la integridad y reputación de las organizaciones sin fines de lucro, de forma tal que, junto a las obligaciones legales vigentes, las mejores prácticas «contribuyen a que las OSFL se protejan más eficazmente frente a la amenaza que presentan

⁴² Sobre la estrecha vinculación entre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, BLANCO CORDERO, cit. nota 1, pp. 64-65; FABIÁN CAPARRÓS, E., «Antecedentes: iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero», en AA.VV., *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, 2.ª ed., Organización de Estados Americanos (OEA)/Comisión Interamericana para el control del Abuso de Drogas (CICAD)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington D.C., 2008, pp. 9-124, pp. 36 y ss.

⁴³ Cfr. *Mejores prácticas en la lucha contra el blanqueo de capitales*, p. 1, disponible en la Página Web Oficial del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad español (Tesoro Público): <http://www.tesoro.es/prevencion-del-blanqueo-y-movimiento-de-efectivo/legislacion-C3%B3n/guias-y-orientaciones>.

aquellos que pretenden servirse de ellas para delinquir»⁴⁴. En la misma línea se inscribe la *Guía orientativa* del SEPBLAC que, en términos globales, advierte de los riesgos naturales a los que se ven sometidas las entidades sin fines de lucro, recomendándoles, en consecuencia, una serie de medidas de diligencia y de control para prevenir ser objetos de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo⁴⁵.

3. La conexión entre la normativa administrativa y el tipo penal imprudente de financiación del terrorismo

El tipo imprudente de financiación del terrorismo fue incluido a través del anterior artículo 576 bis apartado 2 del Código Penal (CP) con la Ley 5/2010 de 22/06 por la que se modifica la LO 10/1995 de 23/11 del CP⁴⁶ y que se complementa con la ya mencionada LO 10/2010. El tipo de financiación imprudente cambió su numeración al artículo 576.4 desde la reforma de la LO 2/2015 de 30/03 por la que se modifica la LO 10/1995 en materia de delitos de terrorismo⁴⁷, pero mantiene su original contenido subjetivo típico

⁴⁴ Cfr. Mejores prácticas, cit. nota 43, p. 2.

⁴⁵ Cfr. Guía orientativa para los organismos que deben velar para que las fundaciones y asociaciones no sean utilizadas, 06/2015, disponible en la página web oficial del SEPBLAC: http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/otra_documentacion.htm.

⁴⁶ Publicada en el BOE n.º 152 el 23/06/2010. A diferencia de España, que introdujo la financiación del terrorismo dolosa e imprudente como delito autónomo en el 2010, en Alemania se lo tipificó expresamente recién en el 2015, pero sólo bajo la modalidad dolosa (§89c del StGB). Y, también al igual que en España, antes del 2010, que la financiación del terrorismo podía ser canalizada por otros tipos penales, como el pasado artículo 576, en Alemania hasta el 2015 lo fue a través del §89a II.4 del StGB (introducido en el año 2009) y el §129a del StGB.

⁴⁷ Publicada en el BOE n.º 77 el 31/03/2015; téngase presente también la última reforma al CP en materia de terrorismo, introducida por la LO 1/2019, de 20 de febrero, en trasposición de Directivas de la Unión Europea (BOE n.º 45 de 21/02/2019). Sobre el tipo penal de financiación del terrorismo en la normativa española, véase CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra el orden público», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 5.ª ed. revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2016, pp. 727 y ss.; CANO PAÑOS, M. A., «La reforma de los delitos de terrorismo», en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 905-951, pp. 931 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Algunos aspectos conflictivos sobre el nuevo delito de financiación del terrorismo del art. 576 bis del Código Penal», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 16, 2011, pp. 1-24; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C., «El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 181-198. Sobre los antecedentes normativos y legislativos de este delito, CANCIO MELIÁ, M. «Delitos de terrorismo (art. 571, 572, 574, 576, 576 bis y 579)», en ÁLVAREZ

(y varía levemente su contenido sancionatorio en lo relativo a la multa)⁴⁸. El texto penal reza, que «el que estando específicamente sujeto por la ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1...», las cuales se refieren a los actos de adquisición, posesión, utilización, conversión y transmisión de bienes o valores que puedan ser utilizados para cometer algún delito de terrorismo⁴⁹.

La dimensión objetiva del tipo viene determinada por la elusión de las medidas de diligencia previstas en la normativa administrativa ant blanqueo (y antifinanciación del terrorismo) de la LO 10/2010, y a través de la cual *se dé lugar* (en términos de causación normativa) a que no sea detectado (advertido) o impedido (evitado) cualesquiera de los comportamientos típicos previstos en el apartado 1, esto es, adquisición, conversión, etc. de bienes o valores destinados a la perpetración de actividades terroristas. Acompaña a ésta, la dimensión subjetiva del tipo, que se realiza desde la modalidad de la imprudencia grave, entendida como una infracción individualmente imputable (vencible) a la observancia de un deber de cuidado exigible en el supuesto concreto⁵⁰. La entidad de la imprudencia se mide teniendo en cuenta la magnitud de la falta de cuidado, siendo imprudencia grave la que consiste en el descuido y olvido de las más elementales normas de celo y prudencia exigibles a cualquier persona del sector. Por otro lado, el delito de financiación imprudente del terrorismo se constituye como un delito especial, porque sólo

GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 521-532, pp. 529 y ss.; BLANCO CORDERO, cit. nota 1, pp. 45 y ss.

⁴⁸ La norma penal de la financiación imprudente se enrola en la línea trazada por España en materia de blanqueo de capitales, que también prevé la forma culposa. Cfr. CANO PAÑOS, cit. nota 47, p. 934. En todo caso, hay que advertir que mientras que la financiación imprudente del terrorismo se tipifica como un delito especial (dirigido a los sujetos obligados por la normativa administrativa), el blanqueo de capitales imprudente se presenta como un delito común y especial, esto es, dirigido tanto a los sujetos comunes como a los sujetos obligados (aunque la doctrina en este punto se encuentra dividida).

⁴⁹ Se ha sostenido que este tipo penal no debería haber sido incluido entre los delitos de terrorismo, por cuanto el núcleo de su injusto no es la colaboración con la organización terrorista, sino el blanqueo de capitales. De esta idea CANO PAÑOS, cit. nota 47, p. 934; CANCIO MELIÁ, cit. nota 47, p. 529, para quien, la conducta imprudente del artículo 576 bis no se refiere a un «delito de terrorismo, ya que carece de los elementos esenciales de estas infracciones, que son necesariamente dolosas». En igual sentido, CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), Valencia, 2015, p. 62; NÚÑEZ CASTAÑO, cit. nota 47, p. 13.

⁵⁰ Concebida la imprudencia, en los términos del artículo 14 del CP, como un error de tipo vencible o evitable.

pueden ser sujetos activos los mismos sujetos llamados a colaborar con las autoridades preventivas y que se encuentran expresamente mencionados en la LO 10/2010. Asimismo, los sujetos obligados pueden ser personas físicas (art. 576.4) y personas jurídicas (art. 576.5 en consonancia con el art. 31 bis⁵¹). En el caso que nos ocupa, la responsabilidad penal por el delito de financiación imprudente del terrorismo puede recaer tanto sobre los órganos colegiados del Patronato y Protectorado, que son los sujetos obligados a observar el deber de velar por la no-instrumentalización de la fundación con fines terroristas, como sobre la persona jurídica fundación o asociación sin fines de lucro. Dicho en palabras resumidas: comete financiación imprudente del terrorismo el sujeto obligado que desde la infracción a las normas más elementales de cuidado infringe algunos de los deberes exigidos por la normativa antiblanqueo y desde la cual termina realizando alguno de los comportamientos del apartado 1 del artículo 576 del CP⁵². Es decir, la mera infracción a la normativa administrativa no configura *per se* un delito penal, si a ello no va acompañada la realización de algunos de los verbos típicos previstos⁵³.

Cuestión espinosa será determinar los lindes de las normas más elementales de cuidado con los supuestos de conocimiento eventual. ¿Acaso una mera sospecha activa el deber de abstención de realizar la operación, o simplemente exige que se recabe información al respecto o se comunique al órgano interno o a la autoridad administrativa competente? Parecería ser que los casos de meras o vagas sospechas no darían espacio a un deber auténtico de abstención, pero sí de indagación o denuncia, a excepción que no sean posibles realizar estos dos últimos y haya que abstenerse. Sin embargo, ante sospechas serias o contundentes, el deber de abstención parece ser de obligado cumplimiento, hasta que no se verifique la legalidad de la

⁵¹ En conjunción con la Ley de fundaciones 50/2002 y la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por LO 1/2015 (que excluye a las fundaciones del sector público).

⁵² En materia de blanqueo por imprudencia grave se refiere a un sujeto medianamente diligente, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO y SÁNCHEZ STEWART (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 131-139, pp. 135-136, para distinguirlo del sujeto extraordinariamente diligente de la imprudencia leve no punible.

⁵³ La mera infracción de la normativa preventiva de la financiación del terrorismo (control interno, diligencia debida o la serie de obligaciones de identificación, registración e información) no da lugar automáticamente al delito de financiación imprudente. Para que ello sea posible, la infracción de la norma preventiva ha de erigirse en el injusto objetivo y subjetivo de alguno de los comportamientos típicos previstos en la ley penal.

operación. En caso de infracción los sujetos garantes a la observancia de estas medidas podrán incurrir en responsabilidad penal⁵⁴.

La vinculación cada vez más estrecha entre la regulación administrativa, el *soft* y *hard law* internacional y la norma penal en materia de terrorismo revela lo que en la doctrina se denomina «privatización de los mecanismos de prevención de la financiación del terrorismo»⁵⁵, y que desde hace algunos años caracteriza a los mecanismos de control y prevención del sector empresarial en materia económica⁵⁶. Esta filosofía responde a lo que se conoce como modelo de autogestión o de regulación autorregulada de la empresa, y que no sería otra cosa que una especie de prevención y control privatizado de la materia penal económica (*eines privatisierten Wirtschaftssteuerungsstrafrechts*)⁵⁷. Dicho control se materializa, entre otros aspectos, en los Programas de cumplimiento (*compliance Programs*) y en los canales de investigación internos (*Whistleblowing; interne Meldesysteme*), como recursos normativos de neutralización del delito, en donde la normativa administrativa y sectorial tiene mucho encaje^{58/59}. La magnitud de las potenciales y reales lesiones a

⁵⁴ En similar sentido, respecto del blanqueo de capitales, SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, p. 136.

⁵⁵ Al respecto, sobre la *Privatisierung von Ermittlungspflichten zur Verhinderung der Terrorismusfinanzierung*, cfr. SIEBER y VOGEL, cit. nota 1, pp. 52 y ss., pp. 96 y ss.

⁵⁶ Sobre la internacionalización o del carácter transnacional de determinada clase de delincuencia (cibernética, organizada, terrorista, etc.), que aqueja a todos los países de nuestro entorno, y acerca de las instancias europeas e internacionales, que regulan la materia en conjunto con los Estados parte, véase ENGELHART, M., «Wirtschaftsstrafrecht der Internationalen Organisationen», en MÜLLER-GUGENBERGER (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und ordnungswidrigkeitenrechts*, Otto Schmidt KG, Köln, 6.ª ed., 2015, pp. 91-112.

⁵⁷ Sobre esta advertencia como característica del Derecho penal económico contemporáneo, véase MANSDÖRFER, M. y SCHMIDT, A. M., «Die historische Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts hin zur Emergenz eines neuen Strafrechtssystems», en *Ad Legendum*, n.º 1, 2014, pp. 1-9, p. 8; ENGELHART, M., «Paradigmenwechsel im Strafrecht: Die Notwendigkeit einer “Neuen Strafrechtswissenschaft”? Überlegungen zur 35. Strafrechtslehrertagung in Zürich», en *Rechtswissenschaft*, n.º 2, 2013, pp. 208-215, pp. 210 y ss.; PRITTWITZ, C., «Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 5, 2012, pp. 217-220, p. 219.

⁵⁸ Podría pensarse que en varios sectores del Derecho penal se ha pasado de «la desconfianza en el Derecho administrativo como mecanismo de gestión de riesgos» [cfr. SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, p. 131] a la alianza con el Derecho administrativo como mecanismo de gestión, prevención y neutralización de riesgos.

⁵⁹ Subyace a todo este planteamiento un determinado y nuevo modelo de Estado a criterio de SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, con la colaboración de MONTANER FERNÁNDEZ y VARELA, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2.ª ed. ampliada y actualizada, 2016, pp. 71 y ss. Este nuevo modelo sería el Estado regulatorio que se caracteriza por la delegación *formal* del poder de instituciones centrales del Estado en manos de agencias regulatorias independientes, que son las que deciden qué y cómo sancionar. Sobre el Derecho penal regulatorio, véase KÖLBEL, R., «Zu Herausforderungen für das regulatorische

variopintos bienes jurídicos personales y colectivos ha despertado desde ya hace un par de años la conciencia mundial de someter la protección de los mismos tanto a cargo del Estado como de los ciudadanos, ya sea de modo individual como a través de ciertas instituciones⁶⁰. En este sentido, en la materia que nos ocupa, por ejemplo, el GAFI ha señalado que la evolución de las relaciones de cooperación entre los sectores público y privado y con las organizaciones sin ánimo de lucro es fundamental para prevenir (advirtiendo o evitando) la comisión de actos terroristas⁶¹, o al menos reducirlos a magnitudes socialmente soportables de adaptación (en términos de resiliencia). Este modelo mixto de prevención, entre el sector público y privado, parece ser la tendencia a seguir en casi gran parte de los Estados miembros de la Unión Europea, incluida España, que cuenta con un modelo de gestión y prevención del riesgo de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo centro-descentralizado⁶².

Strafrecht», en TIEDEMANN, SIEBER, SATZGER, BURCHARD y BRODOWSKI (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 379-400. La *ratio* material que, a mi criterio, nutre este nuevo modelo de Estado y sus delegaciones formales de poder reside en una filosofía mixta, tensa entre el modelo (neo)liberal de Estado y el Estado social y democrático de Derecho. Desde el primero, se apela a la regulación autónoma y espontánea de los agentes privados de los espacios de libertad e institutos de necesidad colectiva, como la predicada por las tesis smithiana y hayekiana. Desde el segundo, se matiza esta especie de autorregulación o privatización con el sentido de cooperación y colaboración de los ciudadanos con el Estado en la gestión de los riesgos atinentes a todos y a cada uno de ellos.

⁶⁰ En la lucha contra el terrorismo y su instrumento económico: la financiación, el Estado precisa de la colaboración de importantes sectores de la economía y de agentes de la sociedad, como lo es el sector financiero. La serie de recaudos y de medidas impuestas no son sino el medio a través del cual el Estado puede mantener un cierto control de los flujos de dinero y capital. Similar HARTMANN, M., «Internationale Finanzströme und Geldwäsche. Eine spiegelbildliche Phänomenologie sicherheitsarchitektonischer Legislation», en *Kritische Justiz*, 2007, v. 40, n.º 1, pp. 2-21. También favor de los deberes de colaboración en la tarea de prevención del terrorismo, a cargo de los sujetos particulares, PASSAS y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, cit. nota 1, pp. 518, 519 (estos autores entienden que la colaboración con el sector privado para detectar transacciones irregulares es un elemento primordial que debe fomentarse y promoverse).

⁶¹ Este es el espíritu de la Recomendación 8 del GAFI, a través de su nota interpretativa. Cfr. *International standards*, cit. nota 6, punto 4.f, pp. 53-54.

⁶² SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, p. 135, señala que la gestión técnica de riesgos por parte del Estado puede ser centralizada o descentralizada. Por prevención técnica centralizada se entienden los casos en que el Estado procede a crear directamente la entidad de control (por ejemplo para el blanqueo de capitales el SEPBLAC), mientras que por prevención técnica descentralizada se entienden los supuestos en donde el Estado fija el marco de la autorregulación que habrán de llevar a cabo los diferentes sectores. Al respecto, téngase en cuenta también lo relativo al nuevo modelo de Derecho penal regulatorio al que se refiere SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 59, pp. 71 y ss.

A) *Un apunte sobre el fundamento de la imprudencia que se tipifica*

La finalidad de la norma penal del artículo 576.4 es que se castigue a los sujetos obligados a prevenir la financiación del terrorismo por la infracción a sus deberes de celo y cuidado, es decir, que se castigue tanto a los que permiten o facilitan la financiación de modo doloso, a sabiendas, como aquellos que lo hacen desde una creencia errónea vencible, imputable a ellos mismos⁶³. Con fundamentos de la imprudencia que se tipifica en el delito de financiación del terrorismo se hace referencia a las razones funcionales de la intervención penal, que subyace a este tipo legal. Las razones funcionales pueden derivarse de todo el espíritu que informa a la normativa internacional, que motivó su introducción al catálogo penal español en el año 2010 e, incluso, de toda la normativa que actualmente existe sobre la materia.

Se ha advertido que los principales agentes del sector económico, monetario y financiero han sido instrumentalizados, y siguen siéndolo, como mecanismos de blanqueo de capitales provenientes del delito y de financiación del terrorismo. Para evitar, o al menos reducir, este mal uso del sector, la normativa internacional y nacional ha previsto encomendar a los mismos agentes su propio cuidado y protección a través de mecanismos de prevención que detecten a tiempo operaciones o negocios sospechosos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Tales procedimientos de prevención no sólo resultan funcionales desde el punto de vista sectorial y regulatorio, sino que a su vez producen efectos directos en el ámbito de protección de la norma penal. Si no fuera porque la infracción a tales medidas de autoprotección puede producir, o derechamente produce, la afectación a determinados bienes jurídicos, que la norma penal también ha decidido tutelar, su *ratio penalis* no tendría sentido alguno.

Desde esta perspectiva, las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro, que incumplen la normativa de prevención, se presentan en el escenario mundial tanto como potenciales y reales víctimas de la instrumentalización por grupos terroristas, como auténticas autoras de la financiación del terrorismo, cuando a través de sus fondos y recursos se provee lo necesario y suficiente para la subsistencia y proliferación de las organizaciones terroristas. Esta doble faceta de las fundaciones ha llevado al legislador español a reforzar el cumplimiento de la normativa administrativa a través de la norma penal. En consecuencia, el fundamento de la imprudencia que se tipifica en el artículo 576.4 del CP responde a un castigo por infracción a deberes de autoprotección (dimensión

⁶³ Cfr. CANO PAÑOS, cit. nota 47, p. 934.

paternalista de la norma penal⁶⁴) que son a la vez de heteroprotección⁶⁵. Esto es, se pune la imprudencia de la *víctima* en la infracción a sus deberes de autoprotección, que producen directos efectos lesivos en otros bienes jurídicos diferentes a los propios⁶⁶. A través de esta especie de autopuesta en peligro imprudente la *víctima* no sólo se causa un daño a sí misma (la fundación no sólo se perjudica reputacionalmente, corriendo el riesgo de ser jurídicamente disuelta), sino que, colateralmente, permite la comisión de un delito penal como la financiación de actividades terroristas. Justamente, porque las OSFL son propensas a ser abusadas por las organizaciones terroristas es que la forma culposa viene a intentar reforzar la observancia de las medidas de prevención en materia de financiación del terrorismo.

Este mismo escenario se presenta en el delito de blanqueo imprudente, el cual tiende a concentrarse sobre un determinado sector de la sociedad, que son los sujetos obligados por la normativa antiblanqueo, y que suelen resultar ajenos a la actividad delictiva que da origen a los fondos ilícitos. Estos sujetos se encuentran sometidos a una suerte de «deberes policiales» y se erigen en consecuencia como una especie de «colaboradores forzosos del Estado» o *gatekeepers*⁶⁷, es decir, el Estado les impone que observen deberes de auto y heteroprotección para prevenir el blanqueo de capitales, desde el cual se protege un bien jurídico colectivo como el orden socioeconómico.

II. Sujetos obligados por la norma administrativa y sujetos activos del tipo penal

Los sujetos obligados a prevenir la financiación del terrorismo son sujetos garantes de dicha misión, pues cuentan con una normativa específicamente

⁶⁴ En este sentido, podría sostenerse que dentro del objetivo más general de prevención de la financiación del terrorismo, la ley también persigue un objetivo especial que es el de evitar que las OSFL resulten instrumentalizadas como entidades financiadoras del terrorismo. La ley propende a proteger a las OSFL exigiéndoles el cumplimiento de deberes de autoprotección: una especie de deberes de autoprotección heterónomos.

⁶⁵ A pesar de que se tratan de medidas de autoprotección, la normativa posee una finalidad de garantía tanto para las OSFL como para la comunidad de donantes y beneficiarios y para la sociedad en su conjunto.

⁶⁶ No se me escapa que esta cuestión se relaciona en algunos puntos con problemas dogmáticos muy interesantes, como la autoría mediata a través de un instrumento que obra en error de tipo vencible y situaciones de participación imprudente, que son inoportunas tratarlas en este trabajo. Sobre esta temática en la literatura española, véase DE OLIVEIRA MONTEIRO, L., *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), Valencia, 2013, pp. 474 y ss., pp. 547 y ss., pp. 551 y ss., pp. 574 y ss.

⁶⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, pp. 134-135. De hecho, el tipo penal de financiación imprudente se refiere a las personas que están sujetas por la ley a colaborar con la autoridad.

asignada a su rol o actividad, que les encomienda someterse al cumplimiento de determinados deberes de información, seguimiento y control respecto de los fondos y capitales que manejan en pos de advertir y/o de evitar tanto el blanqueo de capitales como la financiación del terrorismo. La condición de garante de estos sujetos posee un doble sentido: tanto desde y frente a la normativa administrativa, como en relación con la norma penal⁶⁸. Desde la normativa administrativa, la ley encomienda a los responsables de la OSFL un deber especial de velar por la no-instrumentalización de la fundación para fines terroristas. No son, en consecuencia, sujetos obligados de carácter ordinario, como el resto de los mencionados en la LO/2010, sino sujetos sometidos a un régimen de prevención especial⁶⁹. Estos mismos sujetos obligados a observar las medidas administrativas de prevención de la financiación del terrorismo son a la vez los sujetos activos del tipo penal de financiación del terrorismo (en su modalidad dolosa e imprudente), debiendo, en este último sentido, advertir o evitar la realización de los verbos típicos que supongan un acto de financiación terrorista⁷⁰.

El meta-deber de velación mencionado se completa con la serie de medidas de diligencia previstas en la misma LO 10/2010 y configura el injusto del tipo penal de financiación imprudente cuando da lugar a la realización de alguno de los verbos típicos previstos en el precepto penal. Los Patronos se encuentran sometidos a deberes de prevención y gestión del riesgo no sólo con alcance regulatorio y sectorial sino también penal, debido a su condición de garante de la detección e impedimento de las conductas de financiación del terrorismo. Dicha posición de garantía se extiende desde la persona del Patrono hacia los sujetos que le representan⁷¹ y a los sometidos a su control

⁶⁸ Cfr. CANO PAÑOS, cit. nota 47, p. 934; NÚÑEZ CASTAÑO, cit. nota 47, p. 13; advierte la doble posición de garantía SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, pp. 134-135, en relación con el blanqueo de capitales. En p. 139 caracteriza de universal a esta posición de garante, como corolario de la expansión del Derecho penal.

⁶⁹ Cfr. Guía orientativa, cit. nota 45, p. 1.

⁷⁰ Lo advierte también SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, p. 135, para quien los sujetos obligados tienen un deber de garante, que consiste en la evitación del blanqueo de capitales (y no ya su denuncia ante la autoridad).

⁷¹ La Ley de fundaciones determina que el cargo de Patrono que recaiga en persona física debe ser ejercida personalmente. No obstante, podrá actuar en su nombre y representación otro Patrono por él designado, aunque sólo para actos concretos y bajo instrucciones (art. 15). Así también la ley admite la posibilidad de que el Patronato delegue sus facultades en uno o más miembros, a excepción de la facultad de aprobación de las cuentas y del plan de actuación, entre otras (art. 16). De este último precepto podría entenderse, que el deber de velar por la no-instrumentalización de la fundación para fines terroristas se incluye dentro del plan de actuación de la fundación y que, si bien es un deber ejecutable dentro de una

y vigilancia⁷². Desde el punto de vista de la persona jurídica fundación el deber de velar se manifiesta en el campo penal como el *deber de ejercer el debido control* del artículo 31 bis del CP, por lo general llevado a cabo a través de la ejecución de un Programa de cumplimiento. La ausencia del control debido o el deficitario control sobre las actividades económicas y/o de otra índole de la fundación, que den ocasión a la realización de los elementos del tipo penal del artículo 576.1 en relación con el 576.4, puede generar responsabilidad penal tanto en los encargados del cumplimiento de ese deber como en la persona jurídica.

Para mitigar los riesgos de instrumentalización a las fundaciones se les exige que observen determinadas medidas de diligencia e implementen programas de prevención en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. En este sentido, no basta con ser conscientes de que las fundaciones pueden ser empleadas indebidamente por los grupos terroristas para financiar sus actos, sino que hay que estar preparados para prevenir dicha instrumentalización. Téngase en cuenta que un sistema de control y seguimiento permite una mayor transparencia y gestión responsable de los recursos económicos y logísticos, evitando de este modo el uso y abuso de las OSFL para finalidades criminales⁷³.

La relevancia penal que pueden suponer los comportamientos de los órganos colegiados de las fundaciones, como lo son el Patronato y el Protectorado, viene dada en similares términos del tipo penal de provisión o recolección de fondos destinados a actividades terroristas, como una forma de colaboración con estas organizaciones criminales⁷⁴. Se trataría en todo caso de una colaboración imprudente desde el punto de vista fenomenológico, pero de una auténtica autoría imprudente en lo normativo. Los Patronos son sujetos garantes de advertir e impedir la financiación del terrorismo.

Para determinar los contornos del deber de velación han de considerarse, tal como hemos visto, todas las indicaciones que se ofrecen desde la perspectiva europea a través de las Recomendaciones del GAFI y su guía sobre Mejores prácticas, y desde la perspectiva nacional a través de la normativa

estructura de personas, no obstante, es indelegable en su función de control, lo que haría siempre responsable al Patrono en caso de infracción.

⁷² En estos casos, la llamada fuente de peligro (el comportamiento del subordinado) se encuentra bajo la vigilancia del superior, esto es, se encuentra sometida al dominio jurídico de un sujeto garante.

⁷³ Este es el espíritu de la Recomendación 8 del GAFI, a través de su nota interpretativa. Cfr. *International standards*, cit. nota 6, punto 4.d, p. 53.

⁷⁴ Cfr. CANCIO MELIÁ, cit. nota 47, pp. 528-529.

antiblanqueo de la LO 10/2010 y Reglamento, así como desde el documento sobre Mejores prácticas emitido por el MEC y la Guía orientativa del SEPBLAC⁷⁵. En especial, ha de tenerse en cuenta el ya mencionado criterio del enfoque orientado al riesgo⁷⁶, en el que se insertan tres *golden rules*, todas ellas reguladas como obligaciones en la ley: (1) «conoce a tu cliente» (*know your customer*), a través de la identificación de la contraparte; (2) «sigue el dinero» (*follow the money*), realizando un seguimiento y monitoreo de la operación económica, incluso manteniendo su registro hasta mucho tiempo después de finiquitada⁷⁷; y, (3) «comunica tu sospecha» (*report your suspicion*), esto es, denunciando ante el organismo competente la potencial operación de blanqueo o de financiación del terrorismo, que ha sido detectada.

Es decir, el punto de arranque del cumplimiento del deber de velación ha de venir regido por la consideración a la entidad del riesgo, que será diferente en cada entidad⁷⁸. En este sentido, «la estrategia de control debe necesariamente basarse en el riesgo»⁷⁹, intensificándose la medida de vigilan-

⁷⁵ A pesar de que las fundaciones y asociaciones no están bajo «el perímetro supervisor del Servicio Ejecutivo», no obstante, esta entidad ha elaborado una guía orientativa para los organismos que sí se encargan de controlar a las fundaciones en materia de prevención de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Cfr. Guía orientativa, cit. nota 45, pp. 1-2.

⁷⁶ Todos los documentos relativos a la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo tienen en cuenta este criterio. Véase, por ejemplo, Mejores prácticas, cit. nota 43, p. 2: «los riesgos a los que se expone cada entidad, en función de su actividad, ámbito geográfico de actuación o volumen de fondos gestionado determinan la mayor o menor relevancia de la adopción de estas medidas. De esta forma, un elemento básico a la hora de prevenir eficazmente cualquier abuso, es que las OSFL analicen y valoren los riesgos intrínsecos de las diferentes actividades que desarrollan y, a partir de ello, enfoquen y orienten sus controles, intensificándolos en aquellas áreas o proyectos con riesgos objetivamente más altos».

⁷⁷ A pesar de que la normativa española en materia de blanqueo se aplica casi idénticamente en materia de terrorismo, los *International standards*, cit. nota 6, punto 6 (v), pp. 55-56, señala, que a las OSFL se les podrá exigir que asuman medidas razonables para confirmar la identidad, las credenciales y la buena reputación de los beneficiarios, pero no se les debería exigir que realicen la debida diligencia del cliente (como sí se les exige a otros sujetos obligados).

⁷⁸ Cfr. *Best practices*, cit. nota 27, punto II.b, p. 5, que advierte que no todas las OSFL presentan un riesgo elevado de blanqueo o financiación e, incluso, algunas pueden presentar un riesgo reducido o nulo. Esto tiene importantes consecuencias para los países y las entidades financieras a la hora de implantar el enfoque basado en el riesgo en la línea de la Recomendación 1. En particular, esto significa que un enfoque único para todas las OSFL no sería válido (por inidóneo), ya sea en cuanto a cómo supervisan y controlan el sector los países o en cuanto a cómo gestionan las entidades financieras las relaciones comerciales con clientes que son OSFL. Esto también es importante para donantes que dan fondos a las OSFL.

⁷⁹ Lo sostiene la Guía orientativa, cit. nota 45, p. 2, en relación con los organismos de control de las fundaciones.

cia en aquellas situaciones de mayor riesgo objetivo⁸⁰. El enfoque orientado al riesgo, como criterio normativo multifacético, abraza una serie de aspectos a tener en cuenta, que en materia de fundaciones se concreta en los siguientes: (a) la actividad y objeto fundacional (control que se ha de ejercitar tanto al momento de recibir la donación, como al momento de otorgarla)⁸¹; (b) la estructura de la fundación (estructuras simples y complejas); (c) el sujeto donante y el sujeto beneficiario⁸² (que pueden ser sujetos conocidos, desconocidos pero determinados, o bien anónimos); (d) el ámbito geográfico en donde opera la fundación (zonas de conflicto y entornos de riesgo, zonas pacíficas), entre otros aspectos a considerar.

1. *Aproximación a la posición de garantía del Patrono: entre la autoprotección fundacional y el interés general*

El dilema material que se les presenta a las fundaciones genuinas (no pantalla) reside entre la *política autoproteccionista* frente a la latente instrumentalización como entidades financiadoras del terrorismo y la *política fundacional* de prestaciones solidarias al interés general⁸³. Más allá del elevado coste reputacional que pueda suponer, como mínimo, un imprudente financiamien-

⁸⁰ La LO 10/2010 establece niveles de medidas de diligencia debida según la intensidad del riesgo de blanqueo: las medidas de diligencia normales, las simplificadas y las reforzadas. Las medidas de diligencia normales se encuentran previstas para las situaciones estándares de riesgo; las medidas simplificadas para las situaciones de bajo riesgo; y las medidas reforzadas para los supuestos de riesgo elevado. También la Guía orientativa, cit. nota 45, pp. 4-5, sostiene, en relación con los organismos de control de las fundaciones, que la medida de control se intensificará en todas las áreas y proyectos con riesgos objetivamente más altos.

⁸¹ La Guía orientativa, cit. nota 45, p. 2, señala, por ejemplo, en relación con los organismos de control de las fundaciones, que según la actividad de éstas existen riesgos inherentes y riesgos residuales. Los riesgos inherentes serían aquellos propios de las características y actividades de las fundaciones y los riesgos residuales los que surgieran luego de haberse considerado los procedimientos de control interno implantados. No obstante, entidades con un riesgo inherente alto (por desarrollar sus actividades en zonas sensibles) pueden presentar un riesgo residual reducido como consecuencia de la aplicación de procedimientos de mitigación robustos. Y, a la inversa, se puede añadir desde aquí, existirían entidades con un riesgo inherente bajo, pero que pueden disparar un riesgo residual elevado debido a la ausencia de control de sus actividades o de una vigilancia deficitaria por meramente simbólica.

⁸² En este punto ha de considerarse la doble faceta que presenta el deber de velación, esto es, un doble control: por un lado, la obligación que se establece para con el donante y, por otro lado, la obligación respecto del beneficiario.

⁸³ Cfr. Guía orientativa, cit. nota 45, p. 2: «el potencial abuso de las organizaciones sin ánimo de lucro para fines de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo no sólo contribuye a estas graves actividades criminales, sino que pone en peligro la reputación del sector ante los donantes y la sociedad».

to a organizaciones terroristas⁸⁴, lo que se coloca en cuestión es la dilucidación del alcance de la posición de garantía de los sujetos responsables de velar para que dichas entidades no sean instrumentalizadas para el blanqueo de capitales ni la financiación de las organizaciones criminales destinadas al terrorismo⁸⁵.

Las OSFL parecen encontrarse de acuerdo en no ser utilizadas como fuentes de financiación de actividades terroristas. En su horizonte *aspiracional*, con seguridad, no figura convertirse en sujetos colaboradores de la ideología criminal de las organizaciones terroristas, sino en ser reconocidas como asociaciones naturales de fomento a fines sociales de interés general. Pero, como se ha manifestado anteriormente, en una plataforma política sin directa y exclusiva intervención del Estado, la buena voluntad de los particulares no basta. Por tal motivo, la normativa antiblanqueo somete a dichas entidades a una serie de obligaciones orientadas a evitar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Todo el esfuerzo empeñado en la continua labor de captación de recursos y donaciones se encuentra sujeto a la observancia de una serie de deberes de registro, información, conservación y denuncia. En el eje de este dilema se ubica el rol del Patrono, que, por un lado, ha de cumplir con los fines fundacionales y administrar con diligencia el patrimonio de la fundación (art. 14.2, LO 50/2002 y las normas penales aplicables) y, por el otro, ha de velar por evitar la utilización de los recursos fundacionales en actividades terroristas (art. 39, LO 10/2010 y art. 576.4 del CP). Este doble cariz de las funciones del Patrono puede entenderse jurídico-penalmente, en el orden respectivo, como un deber para con la fundación (*ad intra*) y como un deber para con la sociedad (*ad extra*), como veremos a continuación con las matizaciones respectivas.

⁸⁴ A lo que hay que sumarle el coste reputacional que en muchas ocasiones terminan padeciendo las organizaciones sin fines de lucro debido a procedimientos policiales y judiciales en su contra, que luego no logran probar la sospecha inicial de financiación del terrorismo. Cfr. PASSAS y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, cit. nota 1, pp. 497 y s.

⁸⁵ Sobre la responsabilidad penal de las fundaciones y sus Patronos, esencial, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La responsabilidad penal de las fundaciones y sus patronos y directivos», en GALÁN y MARTÍNEZ GARRIDO (COORDS.), *Buen gobierno de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 481-520; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2012, pp. 141-194, en especial, pp. 148 y ss. Un tratamiento más general en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), Valencia, 2013; también ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), Valencia, 2008.

La Comisión Europea manifestó ser consciente en materia de lucha contra la financiación del terrorismo de la difícil tarea de equilibrio que les compete entre «la necesidad de mejorar la seguridad y la necesidad de proteger los derechos fundamentales, en particular la protección de datos, y las libertades económicas»⁸⁶. De hecho, la nota interpretativa de la Recomendación 8 del GAFI especifica que las medidas adoptadas por los países para proteger a las OSFL de la instrumentalización en la financiación del terrorismo no deben perturbar ni desalentar las actividades caritativas legítimas. Más bien, estas medidas deberían promover la rendición de cuentas y generar mayor confianza entre las OSFL, entre la comunidad de donantes y el público en general, de que los fondos y servicios benéficos lleguen a los beneficiarios legítimos⁸⁷. En igual línea, la guía de Buenas Prácticas del GAFI señala que las medidas adoptadas por los países para proteger al sector de las OSFL del uso indebido con fines terroristas no deberían interrumpir o disuadir de las actividades caritativas lícitas. Por el contrario, dichas medidas deberían promover la transparencia y generar una mayor confianza en el sector, en la comunidad de donantes y en el público en general, y en que los fondos benéficos lleguen a los beneficiarios legítimos a los que están destinados. Los sistemas que promueven alcanzar un mayor grado de transparencia, integridad y confianza pública en la gestión y el funcionamiento de todas las OSFL son esenciales para asegurar que el sector no se utilice indebidamente con fines de financiación del terrorismo⁸⁸.

2. *El alcance jurídico-penal de la responsabilidad penal del Patrono*

La posición de garante del sujeto sometido al deber de velación significa que el mismo ha de procurar evitar que la entidad fundacional sea utilizada para financiar actividades de grupos terroristas, ya sea colaborando⁸⁹ en sus *necesidades operativas* como en sus *necesidades organizativas*⁹⁰.

⁸⁶ Cfr. el Comunicado de prensa de la Comisión Europea sobre el plan de acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo del 02/02/2016, p. 1, disponible en la Página Web Oficial (en español): http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-202_es.htm.

⁸⁷ Cfr. *International standards*, cit. nota 6, punto 4.d, p. 53.

⁸⁸ Cfr. *Best practices*, cit. nota 27, punto II.c.b, p. 5.

⁸⁹ Cfr. CANO PAÑOS, cit. nota 47, p. 934, en donde señala que «tradicionalmente, la delincuencia patrimonial en el contexto terrorista se ha venido concibiendo como un específico *acto de colaboración*» (cursiva añadida).

⁹⁰ Cfr. sobre esta distinción BLANCO CORDERO, cit. nota 1, p. 35. Las necesidades operativas «comprenden los gastos de planificación y ejecución de los ataques terroristas», mientras que las necesidades organizativas consisten «en la adquisición de armas y municiones, el mantenimiento de la infraestructura de la organización (logística y recursos humanos), etc.».

Como se ha manifestado, los Patronos/Patronato tienen una obligación de evitar o impedir el desencadenamiento de cursos potencialmente lesivos y de lesión para la propia fundación (deberes de orientación *ad intra*). Así también, y estos son los que se reseñarán en esta oportunidad, los Patronos/Patronato tienen una obligación de evitar o impedir el desencadenamiento de cursos potencialmente lesivos o de lesión para con terceras personas (la sociedad) no sólo debidos a su propio comportamiento sino también al de las personas de la fundación sometidas a su vigilancia y supervisión (deberes de orientación *ad extra*). Tanto los deberes de orientación hacia dentro como los deberes de orientación hacia fuera, de la fundación, se plasman en un doble sentido: como deberes de protección y como deberes de control^{91/92}. Como deberes de protección para los intereses de la fundación son deberes de autoprotección y como deberes de protección para con los intereses de la sociedad son deberes de heteroprotección, que la ley penal les exige cumplir a través de la observancia de la normativa antiblanqueo y antifinanciación del terrorismo. Por su parte, también los deberes *ad intra* y *ad extra* de los Patronos son deberes de control sobre los subordinados, ya sea para evitar la comisión de hechos lesivos de éstos en perjuicio de la persona jurídica fundación como para impedir la realización de esos mismos comportamientos lesivos contra los bienes jurídicos protegidos por la norma penal en la financiación del terrorismo.

En el sentido de los deberes de heteroprotección (*ad extra*), los sujetos obligados por la Administración y la ley penal se erigen en colaboradores activos, directos, especiales y de posición privilegiada en la lucha contra la

⁹¹ Sobre los deberes de garante de protección (*Beschützergarant*) y de control (*Überwachergarant*) en relación con la responsabilidad penal del *compliance officer* véase WESSING, J. y DANN, M., «Compliance Officer und Strafrecht», en BÜRKLE y HAUSCHKA (eds.), *Der Compliance Officer. Ein Handbuch in eigener Sache*, C. H. Beck, München, 2015, pp. 191-240, pp. 215 y ss.; en relación con los administradores, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en KUHLEN, MONTIEL y ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013, pp. 79-105, p. 80. También los *gatekeepers* pueden resultar garantes de estos deberes. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, p. 136; PASSAS, cit. nota 16, p. 353, nota al pie 13, en donde el traductor (de la Cuesta Arzamendi) señala que los *gatekeepers* son profesiones clave en cuanto a la facilitación de actividades de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

⁹² Una versión más restrictiva en SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 91, p. 80, quien vincula los deberes *ad intra* a la posición de garante de protección y los deberes *ad extra* a la posición de garante de control. Similar DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de personas jurídicas. Títulos de imputación y requisitos para la exención», en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 81-125, pp. 95 y s.

comisión de una serie de infracciones/delitos⁹³, que atentan contra bienes jurídicos colectivos y que forman parte de la agenda preventiva de todos los países del mundo. La fórmula que el legislador penal empleó para convertirlos en garantes de protección o tutela viene dada por el «dar lugar» —en el sentido de causación normativa— a que no sea *detectada* (advertida) o *impedida* (evitada) algunas de las conductas que conducen a la financiación del terrorismo; sin que sea necesario, y esto es útil aclarar, que el resultado de la financiación se materialice, por ejemplo, que el atentado terrorista se haya realizado y ni siquiera que haya comenzado a planearse. Lo que el tipo penal castiga es el *dar lugar* a que se recabe, adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes o valores destinados a la perpetración de actos terroristas o al mantenimiento de sus organizaciones. Si ello sucede, porque el garante de forma gravemente imprudente no lo ha advertido o no lo ha impedido (directa o indirectamente, esto es, por sí mismo o a través de un subordinado sobre el que no se ha ejercido el debido control), entonces, responsabilidad penal por financiación imprudente del terrorismo a título de autor, según el artículo 576.4 del CP.

La función proactiva de protección resulta prácticamente indiscutible si al precepto penal lo interpretamos en un sentido integrado con la función de veladores, que la normativa administrativa les ha asignado a los Patronos. Teniendo en cuenta la primera y séptima acepciones del verbo *velar* del Diccionario de la Real Academia española, esta acción consiste en «hacer de centinela o guardia de noche» (verbo transitivo) y «cuidar solícitamente de algo» (verbo intransitivo), respectivamente, lo que en materia penal comportaría que el sujeto garante mantenga permanentemente su esfera de competencia en estado óptimo, libre de riesgos para terceros. Si se aterriza en la normativa administrativa de prevención, los deberes a cargo de los sujetos obligados, no son meros deberes de abstención, en los términos de no-lesionar, por ejemplo, a través de la realización de operaciones sospechosas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, sino que son deberes de contribución, dedicación y gestión de su esfera de competencia para evitar lesionar a terceros (la investigación, monitoreo y denuncia de relaciones de negocios sospechosas son claros ejemplos, así como la implementación y actualización constante de manuales de prevención y la formación e infor-

⁹³ Para ROBLES PLANAS, R., «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», en *InDret Penal*, n.º 4, 2013, pp. 1-22, pp. 16-17, los particulares que tienen a su cargo *deberes de colaboración* asignados por el Estado (como los operadores jurídicos en materia de prevención del blanqueo de capitales) ocupan la posición de un cuasi-funcionario. O *gatekeepers* en la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, p. 136.

mación permanente del personal). Ciertamente, los deberes de autoprotección con efectos de heteroprotección no son deberes de contribución y gestión de libertades ajenas; los Patronos no son los *padres* de cada ciudadano de la sociedad a quien deban proteger de ser lesionado por un ataque terrorista (no han de evitar su muerte), sino que son gestores especiales de un ámbito de competencia complejo (como una estructura fundacional) desde el cual han de evitar la realización de *conductas* orientadas a cometer delitos de terrorismo (por lo que tampoco han de evitar los actos *stricto sensu* de terrorismo⁹⁴). El objeto de tutela (*ad extra*) de su posición de garantía asignada por la ley se trata de un bien jurídico-penal colectivo respecto del cual son guardianes celosos, con funciones especiales asignadas, pero no administradores ni titulares del mismo.

Hay que advertir que los sujetos obligados por la normativa administrativa, que son los sujetos activos del tipo penal que nos ocupa, son en el sentido del artículo 576.4 del CP una clase de especiales *gatekeepers* imprudentes, que no obran o dejan de obrar con conocimiento del tipo, sino en una situación de creencia errónea vencible. Dicho esto, la mera infracción imprudente a los deberes de identificación o registración, así como al deber de seguimiento de las operaciones, que no da lugar a la realización de los verbos típicos del apartado 1 del artículo 576 del CP, no comporta un delito penal. Sólo lo será, si dicha infracción da lugar a la realización de las conductas típicas de financiación del terrorismo (por no haber sido *detectada* señala el precepto penal). Del mismo modo, en el caso de infracción consciente de las mismas obligaciones, que no dan lugar al apartado 1 del artículo 576 del CP, tampoco se realiza el delito penal. Sólo se responderá penalmente, si fruto de la infracción consciente, de un modo inadvertido se realiza *a posteriori* alguno de los comportamientos típicos de financiación del terrorismo (por no haber sido *impedida* señala el precepto penal). La cuestión cambia en los supuestos de *gatekeepers* dolosos. También se responderá penalmente, si fruto de la infracción consciente, ahora de un modo advertido se realiza *a posteriori* alguno de los comportamientos típicos de la financiación, que en este caso será dolosa. Para que la infracción consciente no surta responsabilidad penal, el sujeto obligado tiene un deber de reconducir la situación, cumpliendo el deber omitido anteriormente. Si de dicho cumplimiento advierte que la operación resulta sospechosa de financiación en los términos de la ley, el sujeto obligado tiene un deber de abstenerse de continuar con la operación (de no advertir a la contraparte

⁹⁴ No han de evitar la realización del ataque o atentado terrorista, sino la financiación de un eventual ataque o agresión.

y de denunciarla ante la autoridad). Si continúa, ciertamente, podrá estar incurriendo en responsabilidad penal por financiación dolosa⁹⁵.

Por su parte, como administradores de derecho o representantes legales de la fundación⁹⁶, los Patronos tienen un deber de control sobre las personas sujetas a su competencia. El deber de control del Patrono, en materia penal, se compone de dos específicas medidas, desde las cuales se habrán de dar cumplimiento a las normas de diligencia de la LO 10/2010 ya bastantes veces mencionadas y que han de ser observadas efectiva y no simbólicamente. Estas medidas son: (a) el deber de procurarse conocimiento sobre la manera en cómo el empleado subordinado ejecuta sus funciones (o gestiona su esfera de competencia asignada dentro de la fundación), y (b) el deber de corregir o neutralizar desvíos en el funcionamiento de las funciones del subordinado, lo que supone impedir o evitar consecuencias lesivas para terceros⁹⁷. Estas dos medidas de control han de ser ejecutadas de forma programada, por períodos y según las personas que intervengan en su realización⁹⁸. El incumplimiento de alguna de las medidas derivadas del deber de supervisión y control puede realizarse a través de la inobservancia imprudente de los deberes de diligencia, o de una inobservancia dolosa, incluso en términos de tolerancia consciente que algún empleado se encuentra incurso en la comisión del delito⁹⁹. La infracción que surte efectos en relación con la financiación imprudente sólo podrá ser la realizada por imprudencia grave¹⁰⁰ porque sería difícilmente posible, que el incumplimiento consciente de los deberes de adquirir conocimiento y de corregir situaciones defectuosas cuadre con la infracción imprudente de las medidas de diligencia de la LO 10/2010. Si los superiores jerárquicos, los garantes, no adquieren conocimiento con consciencia de ello, de cómo sus subordinados gestionan sus tareas encomendadas, entonces, ellos no se encuentran en la posibilidad de no dar lugar a la realización de las conductas que la ley penal les exige ad-

⁹⁵ El tema merece más atención, que en esta oportunidad no es posible otorgarle, dado la razón extensional de la obra colectiva. Por ese motivo, el artículo se intitula *Una primera aproximación...*

⁹⁶ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, cit. nota 85, pp. 154-156, quien equipara los Patronos a los administradores de derecho, porque son los encargados de ejercer el gobierno de la fundación.

⁹⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 91, pp. 88 y ss. (deberes cuyo fundamento reside en el principio de desconfianza entre sujetos autorresponsables en relación jerarquizada).

⁹⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 91, p. 90, que se refiere a un sistema de inspección e información periódica, directa o a través de un órgano interno encomendado a ello. Una vez dada esta implementación el principio de desconfianza se convierte en principio de confianza.

⁹⁹ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, cit. nota 85, p. 161.

¹⁰⁰ En aplicación del criterio de que la imprudencia leve no resulta punible penalmente.

vertir o impedir. Como el Patronato seguramente delegará el cumplimiento de las obligaciones de identificación de operaciones sospechosas, y de su consecuente abstención y denuncia, sólo la infracción imprudente al deber de adquirir conocimiento puede generarles responsabilidad penal por imprudencia en el delito de financiación imprudente¹⁰¹. En cualquier caso, la mera infracción de este deber de vigilancia o su defectuoso cumplimiento no es punible penalmente en sí misma, para que ello sea procedente a la ausencia de control ha de seguirle el comienzo de ejecución de algunos de los comportamientos penalmente relevantes del apartado 1 del artículo 576 del CP por parte del subordinado, que al tratarse de un delito de resultado cortado, el comienzo de ejecución ha de entenderse como realización del comportamiento. No sería punible el acto preparatorio del empleado: por ejemplo, a razón de la ausencia de control el empleado planea gestionar la concesión de unas donaciones a personas colaboradoras de un grupo terrorista. Sólo cuando el empleado comienza la gestión, por ejemplo, falseando muy burdamente el destino de los fondos (que de haber mediado control se habría advertido) y logra la autorización del responsable, nos encontramos ante un acto de ejecución del delito (tentativa inacabada), que ya sería punible. Cuando el empleado realiza la operación bancaria final de transferencia de los fondos, entonces, se realiza por completo el verbo típico de *transmitir* del apartado 1 del 576 del CP.

Trasladando los conceptos de posiciones de garantía y criterios de imputación en estructuras colegiadas y jerarquizadas, como la empresa, las vías posibles de responsabilidad penal en el ámbito de las fundaciones serían las siguientes: (a) responsabilidad exclusiva y directa del Patronato; (b) responsabilidad exclusiva e indirecta del Patronato;¹⁰² o bien, (c) responsabilidad conjunta y directa del Patronato y la persona jurídica fundación; (d) responsabilidad conjunta e indirecta del Patronato y la persona jurídica fundación. Si bien el Derecho penal de la empresa fue gestado para personas jurídicas que persiguen un ánimo de lucro, como las empresas, toda la discusión sobre los criterios de imputación, los fundamentos de la autoría o de la comisión por omisión, etc. son perfectamente aprovechables en el ámbito del Derecho

¹⁰¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, p. 90, que señala que las infracciones imprudentes del deber de vigilancia sólo dan lugar a responsabilidad penal del vigilante si el delito cometido por el vigilado prevé la modalidad imprudente.

¹⁰² Para LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor a Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 209-227, p. 217, el empresario puede cumplir con su deber de garantía de forma inmediata, mediatamente o por delegación.

penal de las fundaciones, por llamarlo de alguna manera, teniendo en cuenta que se tratan también de personas jurídicas. Veamos sucintamente cada una de estas vías.

(a) Responsabilidad exclusiva y directa del Patronato (art. 576.4 del CP): el deber del Patronato de velar por la no-instrumentalización de la fundación en la financiación de actividades terroristas puede ser incumplido de forma colegiada o personal por alguno de los Patronos, cuando infringen las medidas de prevención dando lugar a la realización de alguno de los verbos del artículo 576.1 del CP; por ejemplo, a través del incumplimiento de la obligación de informar certeramente al órgano de control acerca de algunas personas u operaciones sospechosas de las que hayan tenido conocimiento a través de otra fundación u organización sin fines de lucro, lo que termina conduciendo a corto o mediano plazo a la realización del tipo penal. En estos casos la persona jurídica fundación no responderá penalmente cuando la misma cuenta con los mecanismos de control y auditoría internos sobre los Patronos y estos, no obstante, en fraude de la persona jurídica o por imprudencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones, llevan a perpetrar el delito¹⁰³.

Antes de la reforma 1/2015 el CP no contemplaba específicamente qué mecanismos de supervisión habría de asumir la persona jurídica para soslayar su responsabilidad penal. A partir de la reforma 1/2015, por el contrario, el CP determina que la implementación de un modelo de organización y gestión de riesgos puede generar efectos de descarga de la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 31 bis 2 y 5). Y esto vale tanto para responsabilidades penales hacia arriba, como hacia abajo.

(b) Responsabilidad exclusiva e indirecta del Patronato (art. 576.4): el deber de garante del Patronato también puede ser incumplido de forma indirecta por la omisión del debido control sobre la actuación de sus subordinados¹⁰⁴. La omisión de control sobre la tarea de éstos supone una infracción al deber de vigilancia¹⁰⁵ que forma parte de su posición de garante, y que puede dar lugar a la realización del tipo penal que nos ocupa. Este deber de vigilancia habrá de entenderse, por regla general, incardinado dentro de una

¹⁰³ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, cit. nota 85, pp. 165-166.

¹⁰⁴ Sobre la diferencia entre la posición de garante del Patrono, que tiene el deber de evitar la financiación del terrorismo y la posición de deber del subordinado, véase la distinción entre el garante y el *gatekeeper* en SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, pp. 136-137. Sobre la posición de garantía de los superiores jerárquicos de las empresas sobre los subordinados, véase también SILVA SÁNCHEZ, cit., nota 91, pp. 79 y ss.

¹⁰⁵ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, cit., nota 91, pp. 79 y ss.; sobre sus fundamentos, pp. 84 y ss.

estructura de delegación de funciones y competencias¹⁰⁶, y desde el cual se ha de evitar la comisión del delito de financiación imprudente del terrorismo¹⁰⁷. El control interno se inicia con un buen diseño de las políticas de estrategia preventiva en materia de financiación del terrorismo: los Programas de cumplimiento y el oficial de cumplimiento. La base del diseño partirá desde el enfoque basado en el riesgo, teniendo en cuenta el sector fundacional, su alcance geográfico, los servicios fundacionales, perfil de los donantes y beneficiarios, etc. Al diseño de la política preventiva ha de acompañar un plan de ejecución e implementación a través de los diferentes recursos: humanos, económicos, técnicos y materiales. Será necesario, en consecuencia, la creación de un órgano encargado del control interno de la política preventiva y la formación del personal encomendado a la misma. En estos casos la persona jurídica fundación no respondería penalmente y sólo lo harían los Patronos o el Patronato —y según qué supuestos, también los mandos intermedios y/o el oficial de cumplimiento— cuando la persona jurídica cuenta con el Programa de cumplimiento respectivo (según el art. 31 bis 2 del CP) y lo ejecuta debidamente, pero los encargados de ejercer el debido control sobre los subordinados han soslayado o mal ejecutado en el caso concreto el debido control y el delito se ha cometido¹⁰⁸. A diferencia de los Patronos, los oficiales de cumplimiento sólo serían garantes de control¹⁰⁹ *de segundo rango*¹¹⁰,

¹⁰⁶ Sobre tal distinción en el ámbito de la empresa, MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El “criminal compliance” desde la perspectiva de la delegación de funciones», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 35, 2015, pp. 733-782, pp. 744 y ss.; antes en MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 99 y ss.

¹⁰⁷ Sobre la delegación de competencias, SILVA SÁNCHEZ, cit., nota 91, pp. 81 y ss.

¹⁰⁸ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, cit. nota 85, p. 160, añadiendo, que la mera ejecución defectuosa del control debido por parte de cualquier empleado, cuando la persona jurídica ha adoptado todas las medidas exigibles de prevención, no puede determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica. También GÓMEZ TOMILLO, M., «Programas de cumplimiento y política criminal», en BACIGALUPO SAGGESE, FEJOO SÁNCHEZ y ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 103-124, pp. 107 y ss. (señalando que la idoneidad del programa de cumplimiento para evitar los delitos ha de ser valorada *ex ante*, aunque *ex post* se revele como defectuoso).

¹⁰⁹ Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Salvar al oficial Ryan. Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento», en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.), HORTAL IBARRA y VALIENTE IVAÑEZ (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 301-336, p. 306.

¹¹⁰ En el caso de las fundaciones, garantes de control *de primer rango* serían sólo los Patronos. Una idea similar respecto del oficial de cumplimiento en MONTANER FERNÁNDEZ, cit. nota 106, pp. 760, *passim* (para quien los oficiales de cumplimiento no tienen la obligación de evitar los riesgos penales derivados de la empresa en terceros, sino sólo la de supervisar el

al no ser los responsables originarios, sino a título derivado, de la obligación de dar cumplimiento a la normativa preventiva¹¹¹.

Las fundaciones y asociaciones sin fines de lucro han ido acomodándose a la normativa penal en materia de Programas de cumplimiento y han ido encargando el cumplimiento de la LO 10/2010 en la persona de los oficiales de cumplimiento. Esta especie de funcionarios del control y velación son los principales responsables de la ejecución de las medidas preventivas en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Sin duda, antes de esta nueva dinámica preventiva, la función de oficial de cumplimiento de las reglamentaciones varias la realizaban el Patronato y el Protectorado de un modo más directo, pero, actualmente gran parte de las funciones del debido control la cumplen más competitiva y eficientemente los oficiales de cumplimiento, dejando para los primeros las tareas de alta dirección, representación y protocolo de la fundación. No obstante, los Patronos conservan un deber de control indelegable¹¹² porque son los encargados de gobernar la fundación, en primera y última instancia.

(c) Responsabilidad conjunta y directa del Patronato y la persona jurídica fundación (art. 576.4 y 5): también puede darse una responsabilidad conjunta por actuaciones del Patronato y de la fundación, a pesar de que la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma e independiente de la persona física¹¹³ y responde por un *defecto evitable de organización y funcionamiento*. La imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica sólo será posible en los términos del artículo 31 bis a), cuando el delito se realice en nombre o por cuenta de la misma, y en su beneficio directo o indirecto por

sistema de cumplimiento implantado en la organización, informar a sus superiores y vigilar a los empleados). En sentido similar sobre el contenido de deber de los oficiales de cumplimiento, SILVA SÁNCHEZ, cit. nota 52, p. 88.

¹¹¹ Lo discutible es si los oficiales de cumplimiento ejercen su posición de garantes de control sólo para la persona jurídica fundación o acaso también en protección de los bienes jurídicos de terceros (esto es, *ad extra*). Entiende que el oficial de cumplimiento actúa sólo en defensa de los intereses de la empresa (y de sus trabajadores) y no respecto de terceros, MONTANER FERNÁNDEZ, cit. nota 106, pp. 751, 765.

¹¹² Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, cit. nota 85, pp. 178, 179, nota al pie 62, lo llama deber de supervisión general (pasivo), que se convierte en un deber de supervisión general (activo) cuando se perciben indicios de irregularidad en la tarea del subordinado. Similar, sobre la posición de garantía originaria, que en los supuestos de delegación de competencias se concentra en el deber de vigilancia, SILVA SÁNCHEZ, cit., nota 91, pp. 81 y ss. También al respecto GÓMEZ TOMILLO, cit., nota 108, pp. 119 y ss.

¹¹³ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, cit. nota 85, pp. 145-146, pp. 154 y ss. También GÓMEZ TOMILLO, M., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y Derecho administrativo sancionador. Especial consideración de criterios políticos-legislativos de atribución de responsabilidad», en *DELICTAE*, v. 1, n.º 1, 2016, pp. 7-49, p. 18.

parte de sus representantes legales o sujetos facultados para tomar decisiones en su nombre o facultados para ejercer funciones de organización y control dentro de la misma (como lo son los Patronos)¹¹⁴. Esto es, cuando el Patronato realice el delito en tanto que administrador o representante de la fundación, desviándose (por infracción de la normativa respectiva) del correcto ejercicio de sus funciones¹¹⁵.

(d) Responsabilidad conjunta e indirecta del Patronato y la persona jurídica fundación (art. 576.4 y 5): la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica sólo será posible en los términos del artículo 31 bis b), cuando el delito se realice por cuenta y en su beneficio directo o indirecto por parte de los sujetos sometidos a la autoridad de los representantes legales o de los sujetos facultados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica (como lo son los Patronos), debido al grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de los representantes en relación con la actividad de los subordinados¹¹⁶. Las fundaciones están especialmente encomendadas a cumplir con la normativa antiblanqueo y antifinanciación del terrorismo a través de la observancia y puesta en práctica de una serie de medidas de diligencia, que en el caso concreto de las fundaciones en materia de financiación del terrorismo existen una serie de recomendaciones y modelos de mejores prácticas como hemos tenido oportunidad de ver a lo largo de todo el texto.

III. Conclusiones

Sucintamente:

(a) La financiación del terrorismo a través de las OSFL se encuentra cada vez más regulado a través de las instancias nacionales e internacionales debido a que la experiencia ha demostrado que las mismas son vulnerables

¹¹⁴ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, cit. nota 85, p. 145, pp. 154 y ss. De ello se deduce, que los actos no controlables por el Patronato no pueden ser consideradas conductas de la fundación a efectos penales (pp. 156, 163). Asimismo, tampoco las acciones realizadas por las personas físicas que componen el Protectorado pueden comprometer penalmente a la persona jurídica, porque el Protectorado se erige como una instancia externa de control y no como un órgano de gobierno interno (p. 157).

¹¹⁵ Cfr. GÓMEZ TOMILLO, cit. nota 113, pp. 13 y ss., pp. 40 y ss. (exigiendo el hecho de conexión: antes en GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Madrid, 2010, pp. 53 y ss.); DOPICO GÓMEZ-ALLER, cit. nota 85, p. 158.

¹¹⁶ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, cit. nota 85, p. 145, pp. 159 y ss.

a la instrumentalización indebida de sus recursos en pos de ataques y grupos terroristas.

(b) La normativa vinculante y no vinculante existente en las diferentes instancias nacionales e internacionales resulta a todas luces bastante repetitiva, lo que confirma que la política preventiva en la materia sigue el mismo derrotero a nivel mundial.

(c) En España la financiación del terrorismo es un fenómeno sometido tanto a la regulación administrativa como a la prevención y represión penal. La conexión entre el tipo penal de financiación imprudente del terrorismo hace expresa mención a los sujetos obligados por la normativa administrativa, de forma tal, que la interpretación de los deberes de los mismos hay que realizarla de modo armónico entre estas dos leyes.

(d) Para la realización del tipo penal de financiación imprudente del terrorismo no basta la mera infracción de las obligaciones administrativas en la materia por parte de los sujetos obligados (infracción administrativa), sino que se requiere que, como causa de dicha infracción, que ha de ser grave, se realicen los elementos del tipo penal de financiación del terrorismo.

(e) Los Patronos de la fundación son los sujetos obligados por la norma administrativa y a la vez sujetos garantes por la norma penal, que tienen deberes de protección y control tanto respecto de la fundación como en relación con terceros. Su posición de garantía se ubica entre la política autoproteccionista frente a la latente instrumentalización como entidades financiadoras del terrorismo y la política fundacional de realizar el interés general.

(f) También la fundación, en su carácter de persona jurídica, junto a los Patronos, puede ser sujeto responsable ante la norma penal por financiación imprudente del terrorismo.

Bibliografía

- AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M. y PERRINO PÉREZ, Á. L., *Terrorismo en el siglo XXI. La respuesta penal en el escenario mundial*, Dykinson, Madrid, 2016.
- BLASCO DÍAZ, J. L. y FABRA VALLS, M., «El control interno», en VIDALES RODRÍGUEZ (dir.) y FABRA VALLS (coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2015, pp. 137-189 (epígrafe 3 a cargo de BLASCO DÍAZ, pp. 156-169).
- BLANCO CORDERO, I., «¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?», *Athena Intelligence Journal*, v. 4, n.º 1, 2009, pp. 35-68.

- BUSTOS RUBIO, M., «¿Cómo se financian los grupos y organizaciones terroristas? Una visión político-criminal», en FERRÉ OLIVÉ y PÉREZ CEPEDA (dirs.), BUSTOS RUBIO (coord.), *Financiación del terrorismo*, Tirant lo Blanch Editorial, Valencia, 2018, pp. 13-56.
- CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), Valencia, 2015.
- CANCIO MELIÁ, M., «Delitos de terrorismo (art. 571, 572, 574, 576, 576 bis y 579)», en ÁLVAREZ GARCÍA y GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 521-532.
- CANO PAÑOS, M. Á., «La reforma de los delitos de terrorismo», en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 905-951.
- , «Reflexiones en torno al “viejo” y al “nuevo” terrorismo», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 7, 2009, pp. 1-30.
- CUERDA ARNAU, M.ª L., «Delitos contra el orden público», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 5.ª ed. revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2016.
- DE CARLOS IZQUIERDO, J. I., «La Unión Europea contra la financiación del terrorismo», en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, n.º 65, 16/06, 2017, pp. 1-18.
- DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de personas jurídicas. Títulos de imputación y requisitos para la exención», en MORILLAS CUEVAS (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 81-125.
- DE OLIVEIRA MONTEIRO, L., *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), Valencia, 2013.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Anuario de Derecho de Fundaciones*, 2012, pp. 141-194.
- ENGELHART, M., «Paradigmenwechsel im Strafrecht: Die Notwendigkeit einer “Neuen Strafrechtswissenschaft”? Überlegungen zur 35. Strafrechtslehrertagung in Zürich», en *Rechtswissenschaft*, n.º 2, 2013, pp. 208-215.
- , «Wirtschaftsstrafrecht der Internationalen Organisationen», en MÜLLER-GUGENBERGER (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und ordnungswidrigkeitenrechts*, Otto Schmidt KG, Köln, 6.ª ed., 2015, pp. 91-112.
- FABIÁN CAPARRÓS, E. Á., «Antecedentes: iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero», en AA.VV., *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, 2.ª ed., Organización de Estados Americanos (OEA)-Comisión Interamericana para el control del Abuso de Drogas (CICAD)-Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington D.C., 2008, pp. 9-124.

- FABRA VALLS, M., «Otras disposiciones», en VIDALES RODRÍGUEZ (dir.) y FABRA VALLS (coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), 2015, pp. 225-249.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo», en ABEL SOUTO y SÁNCHEZ STEWART (dirs.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), Valencia, 2009, pp. 247-261.
- GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «Las finanzas del terrorismo de al-Qaida. Una lucha desenfocada», en *Athena Intelligence Journal*, v. 2, n.º 22, 2007, pp. 195-212.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Madrid, 2010.
- , «Programas de cumplimiento y política criminal», en BACIGALUPO SAGGESE, FEIJOO SÁNCHEZ y ECHANO BASALDÚA (coords.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 103-124.
- , «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y Derecho administrativo sancionador. Especial consideración de criterios políticos-legislativos de atribución de responsabilidad», en *DELICTAE*, v. 1, n.º 1, 2016, pp. 7-49.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C., «El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.) y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (coord.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 181-198.
- HARTMANN, M., «Internationale Finanzströme und Geldwäsche. Eine spiegelbildliche Phänomenologie sicherheitsarchitektonischer Legislation», en *Kritische Justiz*, 2007, v. 40, n.º 1, pp. 2-21.
- JÄGER, H., *Makrokriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.
- KÖLBEL, R., «Zu Herausforderungen für das regulatorische Strafrecht», en TIEDEMANN, SIEBER, SATZGER, BURCHARD y BRODOWSKI (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 379-400.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor a Klaus Tiedemann*, Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992, 1995, pp. 209-227.
- , «Salvar al oficial Ryan. Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento», en MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO y GÓMEZ MARTÍN (dirs.) y HORTAL IBARRA y VALIENTE IVAÑEZ (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 301-336.

- MANSDÖRFER, M. y SCHMIDT, A. M.^a, «Die historische Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts hin zur Emergenz eines neuen Strafrechtssystems», *Ad Legendum* 1/2014, pp. 1-9.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R., «El “criminal compliance” desde la perspectiva de la delegación de funciones», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 35, 2015, pp. 733-782.
- , *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona, 2008.
- MÜLLER, N., «Das Geldwäscheregister nach Art. 30 und 31 der Vierten Geldwäscherichtlinie und seine Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 128(4), 2016, pp. 1021-1088.
- , «Transparenz auf allen Ebenen —Zur Umsetzung der Vierten Geldwäscherichtlinie— Teil 2», en *Neue Zeitschrift für die Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, n.º 4, 2017, pp. 121-129.
- , «Transparenz auf allen Ebenen —Zur Umsetzung der Vierten Geldwäscherichtlinie— Teil 1», en *Neue Zeitschrift für die Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht*, n.º 3, 2017, pp. 87-99.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Algunos aspectos conflictivos sobre el nuevo delito de financiación del terrorismo del art. 576 bis del Código Penal», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 16, 2011, pp. 1-24.
- OHLER, C., «Terrorismusbekämpfung mit den Instrumenten der Finanzmarktaufsicht», *Die Verwaltung*, n.º 41-3, 2008, pp. 405-434.
- PASSAS, N., «Financiación del terrorismo. Relación general», en *Revue Internationale de Droit Pénal*, de la Cuesta Arzamendi (trad.), v. 79, núm. 3, 2008, pp. 345-366.
- PASSAS, N. y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «La financiación del terrorismo de Al Qaida: mitos y realidades», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED), n.º 19, 2007, pp. 493-521.
- PRITTWITZ, C., «Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?», en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 5/2012, pp. 217-220.
- ROBLES PLANAS, R., «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», en *InDret Penal*, n.º 4, 2013, pp. 1-22.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La responsabilidad penal de las fundaciones y sus patronos y directivos», en GALÁN y MARTÍNEZ GARRIDO (coords.), *Buen gobierno de las fundaciones*, La Ley, Madrid, 2015, pp. 481-520.
- SÁNCHEZ MEDERO, G., «Las fuentes de financiación legales e ilegales de los grupos terroristas», *Revista Política y Estrategia*, edición 112, 2008, pp. 50-74.
- SIEBER, U. y VOGEL, B., *Terrorismusfinanzierung. Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht*, Schriftenreihe des Max-Planck-Insti-

- tuts für ausländisches und internationales Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 2015.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M.^a, «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial», en KUHLEN, MONTIEL y URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2013, pp. 79-105.
- , «Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO y SÁNCHEZ STEWART (coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 131-139.
- , *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, con la colaboración de MONTANER FERNÁNDEZ y VARELA, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2.^a ed. ampliada y actualizada, 2016.
- VEGA SÁNCHEZ, M.^a V., *Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo (Nueva Ley 10/2010, de 28 de abril)*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.
- WESSING, J. y DANN, M., «Compliance Officer und Strafrecht», en BÜRKLE y HAUSCHKA (eds.), *Der Compliance Officer. Ein Handbuch in eigener Sache*, C. H. Beck, München, 2015, pp. 191-240.
- ZÖLLER, M. A., «Der Terrorist und sein (Straf-)Recht. Wege und Irrwege der neueren Gesetzgebung zur Terrorismusbekämpfung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, v. 163, pp. 90-108.
- , *Terrorismusstrafrecht: ein Handbuch*, C. F. Müller, Heidelberg, 2009.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: análisis de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), Valencia, 2013.
- , *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch (recurso electrónico), Valencia, 2008.

Revisión de oficio de una orden de clasificación por la Administración de una fundación erigida canónicamente

Remigio Beneyto Berenguer

Universidad CEU-Cardenal Herrera de Valencia

SUMARIO: I. PROBLEMÁTICA: 1. *Realidad actual*. 2. *Forma de actuación hasta la fecha*. 3. *Consecuencias*.—II. REVISIÓN DE OFICIO DE LA ORDEN DE CLASIFICACIÓN POR CONSIDERARLA NULA DE PLENO DERECHO: 1. *Procedimiento de revisión de oficio*. 2. *Órgano competente para la revisión de oficio de la Orden de Clasificación de la Fundación*. 3. *Imprescriptibilidad de la revisión de oficio*.—III. CAUSAS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO QUE PUEDEN CONCURRIR EN LA ORDEN DE CLASIFICACIÓN DE UNA FUNDACIÓN ERIGIDA CANÓNICAMENTE: 1. *Orden de clasificación que lesiona derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional [art. 47.1 a) de la Ley 39/2015]*. 2. *Acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*. 3. *Acto de la Administración Pública nulo de pleno derecho por tener un contenido imposible*.—IV. ARGUMENTOS DE LA DISCUSIÓN ENTRE LA FUNDACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO: 1. *La garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica*. 2. *El desconocimiento de los conceptos jurídicos canónicos y del régimen jurídico aplicable*. 3. *La consideración durante muchos años como Fundación de beneficencia particular mixta*. 4. *La infracción o no del derecho de libertad religiosa*. 5. *La posible revocación de la Orden de clasificación*.—V. PLAN DE ACTUACIÓN DE LAS FUNDACIONES QUE HAN SIDO ERIGIDAS CANÓNICAMENTE Y POSTERIORMENTE CLASIFICADAS COMO FUNDACIONES CIVILES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Problemática

1. *Realidad actual*

En la actualidad siguen habiendo fundaciones canónicas con nombres de santos, de advocaciones de la Virgen, y, en general, con nombres religiosos, constituidas desde los años 1911 en adelante, que tienen el domicilio en un Obispado o en una Parroquia, y que fueron clasificadas como instituciones de beneficencia, sometidas a los distintos Protectorados de la Administración Civil.

Hay cientos de fundaciones en esta situación, en las distintas Comunidades Autónomas, a las que incluso hoy en el año 2018, no se les permite plantear siquiera la clarificación de su personalidad jurídica: si personalidad

jurídica canónica o civil, si sujeción al Protectorado de la Iglesia Católica o al Protectorado de la Administración Civil. Los distintos Protectorados de la Administración Civil, sobre todo los de las Administraciones Autonómicas, son muy celosos de tener bajo su control a este tipo de fundaciones, especialmente cuando tienen un sustancioso patrimonio¹.

Pero también en la actualidad la extravagancia llega a límites como el siguiente: Asociaciones canónicas constituidas en el siglo XIV, con Constituciones aprobadas por la Curia Eclesiástica en el siglo XVIII, con unos fines claramente religiosos, incluso espirituales, y que fueron clasificadas en el último período del siglo XIX por la Administración Civil como Instituciones de Beneficencia, pasando a estar sometidas al Protectorado de la Administración Civil, primero a la estatal, y, después, por la transferencia de competencias, a la autonómica. La extravagancia consiste en que una asociación canónica pasa a ser una fundación civil.

2. *Forma de actuación hasta la fecha*

Al tiempo se sufre una serie de actuaciones erróneas, a saber: a) Responsables de asociaciones o fundaciones canónicas que, ante una nueva legislación civil sobre asociaciones² o fundaciones³, modifican sus estatutos canónicos adecuándolos a dicha legislación, provocando una nueva confusión sobre la personalidad jurídica y el régimen jurídico de dichas entidades. b) Asociaciones y Fundaciones de gran antigüedad, que precisando simplemente poder acreditar una personalidad jurídica civil que ya tienen, solicitan su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia⁴. Y ante esta medida necesaria, desde otras instancias civiles e incluso eclesásticas, se denuncia esta actuación como un intento de apoderamiento por parte de la autoridad eclesástica o como una modificación de la naturaleza de la entidad,

¹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FUNDACIONES, *Directorio de Fundaciones Españolas*, 1.ª ed., Madrid 2007.

² Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones. Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

³ Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

⁴ Registro contemplado en el artículo 5 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, y desarrollado primero por el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, y actualmente por el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas.

pasando de ser civil a canónica, cuando realmente es lo contrario, ya que pasó de ser canónica a civil.

3. *Consecuencias*

Atendiendo a lo expuesto, en las fundaciones de la Iglesia Católica que desarrollen actividades de beneficencia o asistencia, que hubieren sido primero erigidas canónicamente por la autoridad eclesiástica y posteriormente clasificadas por la Administración Pública, se originan unos focos de tensión que producen duda e incertidumbre en los patronatos de las fundaciones e incluso en los mismos Protectorados; tensión que viene producida por la incerteza sobre el ordenamiento jurídico al que deben someterse estas fundaciones: al canónico o al civil, e incerteza sobre a quién corresponde decidir sobre la suspensión y separación de los patronos en el ejercicio de su cargo, sobre los actos de disposición y enajenación del patrimonio, sobre la rendición de cuentas, sobre la modificación de los estatutos de la Fundación, sobre la fusión o disolución de la fundación, sobre el destino de los bienes en caso de extinción, sobre la necesidad o no del cumplimiento de determinados requisitos para poder acceder a los beneficios fiscales y la concreción de a qué beneficios fiscales se puede aspirar.⁵

Es necesario recordar que las fundaciones, al ser erigidas canónicamente, pasan a estar sujetas a la vigilancia del Ordinario del lugar⁶, mientras que, al ser clasificadas como Instituciones de Beneficencia (benéfico-particular, benéfico-docente,...) quedan obligadas a la legislación civil sobre fundaciones y sujetas al control y fiscalización del Protectorado de la Administración Pública.

Como consecuencia de esta sujeción a un doble protectorado, estas fundaciones erigidas canónicamente y clasificadas por la Administración Pública no saben a qué ordenamiento jurídico someterse, entienden que se les ha arrebatado del ordenamiento jurídico canónico y se les ha trasvasado al ordenamiento jurídico civil. En todo caso tienen una especie de esquizofrenia por estar sujetas a un doble protectorado, el canónico y el civil. Además abundan litigios sobre Hermandades o Cofradías, que habiendo sido erigidas como asociaciones canónicas públicas, posteriormente fueron clasificadas como Fundaciones civiles, con un doble perjuicio: primero, su desnaturalización como persona jurídica asociativa pasando a ser patrimonial o fundacio-

⁵ Ver BENEYTO BERENGUER, R., *Fundaciones sociales de la Iglesia Católica. Conflicto Iglesia-Estado*, Edicep, Valencia 1996.

⁶ Canon 1301.2 del Código de Derecho Canónico de 1983.

nal, y segundo, la incorporación al ordenamiento jurídico civil tras su sustracción al ordenamiento jurídico canónico. Las dudas sobre qué órgano colegiado de gobierno (si la Asamblea General de los Cofrades, o si el Patronato de la Fundación) ha de regir la entidad, las incertidumbres sobre el régimen jurídico de estas entidades (si el canónico o el civil) acechan a los profesionales que han de relacionarse con ellas, especialmente a los juristas, por cuanto la capacidad y legitimidad para actuar dependen del régimen jurídico al que están sujetas, de los órganos de gobierno que las han de regir, y del Protectorado que las ha de proteger, controlar y fiscalizar.

Esta realidad está afectando a Abogados, Notarios, Registradores, Jueces y Magistrados que pueden encontrar dificultades en saber si se encuentran ante fundaciones o asociaciones, y si son personas jurídicas canónicas o civiles.⁷

II. Revisión de oficio de la orden de clasificación por considerarla nula de pleno derecho

El artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁸ establece:

«1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

2. Asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1 o carezcan

⁷ Ver BENEYTO BERENGUER, R., «Asociaciones y fundaciones canónicas: confusión en su personalidad jurídica civil», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel, Madrid 2012.

⁸ Antes el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

4. Las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público sin perjuicio de que, tratándose de una disposición, subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo».

La solución que se plantea en este trabajo es la de la revisión de oficio de la Orden de clasificación por la Administración de esa persona jurídica (fundación o asociación) erigida canónicamente, declarándola nula, ya que la Orden de clasificación ha incurrido en nulidad de pleno derecho.

El artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁹ establece:

«1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

⁹ Antes el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley».

Como no será usual que sea la propia Administración Pública la que por iniciativa propia solicite esta revisión de oficio de la nulidad de la Orden de clasificación, deberá ser la persona jurídica interesada (la fundación o asociación canónica) la que la solicite, y desde esta premisa se desarrollará el trabajo.

1. Procedimiento de revisión de oficio

Primero. El procedimiento se inicia mediante la solicitud por parte de la entidad interesada de la revisión de oficio, tal como se prevé en el artículo 106 de la Ley 39/2015. Cuestión fundamental, que se tratará a continuación, es a qué Administración Pública ha de dirigirse la solicitud de revisión de oficio. Normalmente debe dirigirse a la Administración que ha emitido el acto administrativo, pero debe plantearse qué ocurre cuando la materia objeto de la petición de revisión de oficio ha sido transferida a la Administración autonómica.¹⁰

Segundo. La Administración competente realiza un informe-propuesta de adopción de la Resolución por la que se acuerda la iniciación o no del procedimiento de revisión de oficio de la Orden de clasificación de la Fundación.¹¹

Tercero. La Administración remite copia del expediente de revisión de oficio y del informe jurídico realizado por los Servicios Jurídicos de la propia Administración, al Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, a los efectos de solicitar copia de la documentación allí obrante sobre la fundación que había sido erigida canónicamente, e inscrita en el propio Registro de Entidades Religiosas, solicitando asimismo informe de este Re-

¹⁰ En un supuesto concreto analizado se presenta la solicitud de revisión de oficio por declaración de nulidad de la Orden de clasificación ante el Honorable Sr. Conseller de Justicia i Benestar Social de la Generalitat Valenciana el 15 de agosto de 2012, cuando la Fundación había sido erigida canónicamente por el Arzobispo de Valencia el 23 de enero de 1934 y posteriormente, mediante Orden del Excmo. Sr. Ministro de Trabajo, Sanidad y Previsión Social de fecha 15 de marzo de 1935, había sido clasificada como Institución de Beneficencia Particular Mixta.

¹¹ En el supuesto concreto analizado en fecha 16 de julio de 2013 se dicta Resolución del Ilmo. Sr. Secretario Autonómico de Justicia de la Consellería de Gobernación y Justicia, por la que se acuerda la apertura del procedimiento de revisión de oficio de la Orden de Clasificación de 15 de marzo de 1935, del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión de la Fundación Don Juan Crisóstomo Ribera, como de beneficencia particular mixta.

gistro, conforme a los artículos 79 y 80 de la Ley 39/2015¹², en relación a cuantas cuestiones considere de interés en el presente asunto.

Al mismo tiempo la Administración notifica a la Fundación interesada la Resolución de apertura del procedimiento de revisión de oficio, junto con el informe elaborado por los Servicios Jurídicos de la propia Administración.¹³

Cuarto. El Registro de Entidades Religiosas, integrado dentro de la Subdirección General de Relaciones con las Confesiones, de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Relaciones con las Confesiones, del Ministerio de Justicia emite el informe¹⁴, poniéndose una copia en conocimiento de la Fundación interesada, al objeto de que pueda realizar las alegaciones que estime convenientes en defensa de sus intereses.

Quinto. Recibida la documentación correspondiente y el informe del Registro de Entidades Religiosas, así como las alegaciones oportunas, caso de haberlas, se remite copia completa del expediente al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma¹⁵, caso de haberlo, para su dictamen preceptivo, que ha de ser favorable, según dispone el artículo 106.2 de la Ley 39/2015. Desde ese momento se suspende el plazo máximo legal para resolver el procedimiento de revisión de oficio, por el tiempo que medie entre la petición y la recepción de dicho informe, debiendo comunicarse tal circunstancia a los interesados.

2. *Órgano competente para la revisión de oficio de la Orden de Clasificación de la Fundación*

La cuestión es si la Administración autonómica tiene competencia para revisar de oficio una Orden de clasificación dictada por la Administración estatal¹⁶. El Consejo de Estado, en su Dictamen de 22 de junio de 2000¹⁷,

¹² Antes artículos 82 y 83 de la Ley 30/1992.

¹³ En el supuesto analizado, el informe fue elaborado por el Servicio de Entidades Jurídicas de la Consellería de Governació i Justícia de la Generalitat Valenciana, en fecha 16 de julio de 2013.

¹⁴ En el supuesto analizado el informe fue realizado en fecha 18 de septiembre de 2013.

¹⁵ En el supuesto analizado, se remitió el expediente completo al Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana en fecha 26 de diciembre de 2013 (Registro de Entrada del día 20 de enero de 2014). El Pleno del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana en sesión celebrada el día 13 de marzo de 2014 emitió por unanimidad su dictamen.

¹⁶ En este supuesto, la Orden es dictada por el Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión, y la duda es si puede ser revisada por la Comunidad Valenciana.

¹⁷ Dictamen 1526/2000/3401/1999, en el que el tema es la revisión de oficio iniciada a solicitud de..., como Presidente de la Comisión Promotora de la segregación de la Entidad

entiende que la Administración General del Estado es incompetente en la actualidad para conocer de la revisión de oficio de un acto que dictó en 1969 en materia de Administración local, competencia asumida en exclusiva por la Comunidad Autónoma de Aragón. El Consejo de Estado considera por tanto que, en la situación actual, no procede que por la Administración General del Estado se revise de oficio el Decreto de la Administración estatal.

Esta doctrina, reiterada por el Tribunal Supremo en algunas sentencias¹⁸, se manifiesta con rotundidad en la Sentencia de 10 de diciembre de 2012, que afirma: «se revela acorde con la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en la Sentencia de 24 de febrero de 2009, en la que sostuvimos que, aunque la potestad de revisión de oficio corresponde en principio a la propia Administración de la que ha emanado el acto, sin embargo, el ejercicio de esta facultad revisora corresponderá a la Administración de la Comunidad Autónoma cuando se hayan transferido las competencias en materia objeto de la petición de revisión de oficio, al incluirse sin distinción todas las potestades administrativas inherentes a dicha atribución...» (Fundamento Jurídico Segundo).

3. *Imprescriptibilidad de la revisión de oficio*

La cuestión estriba en dilucidar si se puede iniciar la revisión de oficio en cualquier momento o si la acción puede prescribir. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001 señala que el mero transcurso del tiempo, por sí solo y aisladamente considerado, no es un factor que juegue como límite a la revisión de los actos nulos de pleno derecho.

De la doctrina del Tribunal Supremo¹⁹, atendiendo a que la revisión de oficio es un procedimiento extraordinario y excepcional, puede concluirse que se puede solicitar la revisión de un acto administrativo fuera de los plazos preclusivos normales. El mismo Tribunal Supremo aprecia que debe prevalecer la justicia material sobre los aspectos meramente formales, ya que los motivos de nulidad de pleno derecho constituyen vicios de orden público que afectan a la validez intrínseca de los actos²⁰. Esa justicia material se

Local Menor de las Cuevas de Cañart (Teruel), para la anulación parcial del Decreto 3410/1969, de 11 de diciembre.

¹⁸ Sentencias de 5 de mayo de 2005, de 5 de julio de 2005, de 24 de febrero de 2009.

¹⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero y 28 de noviembre de 1995 y de 23 de abril de 2001.

²⁰ Ver Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1997 y de 11 de julio de 2000.

plasma en la necesidad de que actos administrativos que lesionen derechos y libertades, o que sean dictados por órganos manifiestamente incompetentes por razón de la materia o del territorio, o que tengan un contenido imposible, o que sean constitutivos de infracción penal, o los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, o los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no deban desplegar sus efectos perjudicando a terceros por cuestiones de justicia material.

El artículo 110 de la Ley 39/2015 fija los límites de la revisión, estableciendo que «no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes». Ha de quedar claro que el límite no es el transcurso del tiempo, ya que si un acto ha sido nulo de pleno derecho no ha desplegado nunca sus efectos. El límite es que el ejercicio de la acción de revisión, por el tiempo transcurrido, no resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

No obstante, en toda revisión de oficio, en aras a salvaguardar el principio de seguridad jurídica, la interpretación debe ser restrictiva, excluyendo cualquier aplicación extensiva.²¹ En este sentido será decisivo conocer el por qué ha mediado este período de tiempo entre la orden de clasificación y la solicitud de revisión de oficio. Deberá ser la propia persona jurídica interesada en la revisión de oficio quien demuestre que su actuar no resulta contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

III. Causas de nulidad de pleno derecho que pueden concurrir en la Orden de Clasificación de una fundación erigida canónicamente

1. Orden de clasificación que lesiona derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional [art. 47.1 a) de la Ley 39/2015]

La verdadera voluntad del fundador fue la constitución de una fundación religiosa, de una fundación canónica y así se hizo, erigiendo canónicamente la fundación por la autoridad eclesiástica. Se ha violado el principio consti-

²¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1990 y 20 de julio de 1992.

tucional, consagrado por la jurisprudencia, de que «la voluntad del fundador es ley de la fundación». Mediante la clasificación por la Administración, con la consecuencia de quedar sujeta a un régimen distinto al ordenamiento jurídico canónico y quedar sometida al Protectorado de la Administración civil, con menosprecio a su auténtico Protectorado (el Obispo), se está vulnerando el derecho de libertad religiosa, derecho fundamental, constitucional, reconocido en el artículo 16 de la Constitución de 1978, y adornado de todas las garantías constitucionales.

De todos es sabido que el artículo 2 de la Ley 7/1980, de 5 de julio, Ley Orgánica de Libertad Religiosa, no incluye expresamente el derecho de fundación como manifestación del derecho de libertad religiosa, aunque podría entenderse implícito en el mismo, ya que tanto la propia Ley Orgánica en su artículo 6.1²² como el mismo Tribunal Constitucional en su sentencia 34/2011, de 28 de marzo²³ así lo estiman. También la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones, de 25 de noviembre de 1981²⁴, en su artículo 6, proclama que el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión o de convicciones comprenderá, en particular, la libertad siguiente: b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas.

Al ser una manifestación clara del derecho de libertad religiosa, el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos²⁵ dispone:

²² «Las Iglesias, confesiones y comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, asociaciones, fundaciones e instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general».

²³ El Tribunal Constitucional señala la doble dimensión interna y externa de la libertad religiosa. Dentro de la externa se incluyen «aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso (STC 46/2001, de 15 de febrero), tales como las que se relacionan en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades».

²⁴ Aprobada mediante Resolución 36/1955, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 25 de noviembre de 1981.

²⁵ Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede. Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979 y publicado en el Boletín Oficial del Estado número 300, de 15 de diciembre de 1979. Acuerdo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, forma parte del ordenamiento jurídico español, y sus disposiciones sólo podrán ser modificadas, derogadas y suspendidas de conformidad con lo dispuesto en el propio Acuerdo o según las normas del Derecho Internacional.

«1. La Iglesia puede llevar a cabo por sí misma actividades de carácter benéfico o asistencial.

2. Las instituciones o entidades de carácter benéfico o asistencial de la Iglesia o dependientes de ellas se regirán por sus normas estatutarias y gozarán de los mismos derechos y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada.

3. La Iglesia y el Estado podrán, de común acuerdo, establecer las bases para una adecuada cooperación, entre las actividades de beneficencia o de asistencia, realizadas por sus respectivas instituciones».²⁶

Pero si puede existir alguna duda sobre si la voluntad del fundador era que se constituyera una fundación canónica o no, habrá que estar, por una parte, a la literalidad de las disposiciones testamentarias del fundador²⁷, y, por otra, al dato de si la fundación erigida canónicamente ha sido inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, registro público del Ministerio de Justicia²⁸.

Por tanto, si la fundación fue erigida canónicamente porque el fundador, bien mediante actos «inter vivos», bien mediante actos «mortis causa» dispuso claramente que la fundación era religiosa, una posterior Orden de Clasificación no puede desvirtuar el derecho de fundación como manifestación del derecho de libertad religiosa. Si la fundación erigida canónicamente además hubiese sido inscrita en el Registro de Entidades Religiosas, o hubiese gozado de personalidad jurídica civil²⁹ con anterioridad a la Orden de

²⁶ En el mismo sentido el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos de 3 de enero de 1979 dice: «Las Asociaciones y Entidades Religiosas no comprendidas entre las enumeradas en el artículo IV de este Acuerdo y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas u hospitalarias, o de asistencia social tendrán derecho a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico-tributario del Estado español prevé para las entidades sin fin de lucro y, en todo caso, los que se conceden a las entidades benéficas privadas».

²⁷ Artículo 675 del código civil: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor literal del testamento». Ver también el artículo 3.1 del Código Civil: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

²⁸ Artículo 5 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 5 de junio de 1980, y actualmente por el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas.

²⁹ Lo cual es distinto de que esa personalidad jurídica civil le sea reconocida o no, ya que después de la entrada en vigor de los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede de 1979 y después de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980, sólo podrán acreditar la personalidad jurídica civil mediante la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas.

Clasificación, en virtud de las Disposiciones Transitorias, con más argumento la Orden de Clasificación vulneraría la voluntad del fundador, que es ley de la fundación.

Y ello, a pesar de que no se quiera entender incluidas dentro de los fines religiosos, las finalidades benéficas o asistenciales. Ya se ha dicho anteriormente que el artículo V de los Acuerdos Jurídico³⁰ y Económico³¹ así lo contemplan y el propio Ministerio de Justicia también mostró su conformidad, en 1999, a la Instrucción de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal, sobre la inscripción de Fundaciones de la Iglesia Católica en el Registro de Entidades Religiosas, que consideraba expresamente como fines religiosos: «La práctica de la caridad evangélica, tanto espiritual como temporal, en sus diversas formas y manifestaciones, incluidas las actividades benéfico-asistenciales institucionalizadas (como casas de asistencia, hospitales, asilos, orfanatos, centros de acogida) en servicio especialmente de los más necesitados (como pobres, huérfanos, ancianos, emigrantes, discapacitados físicos y mentales, marginados y análogos), siempre que los servicios señalados se ofrezcan sin contraprestaciones económicas obligatorias».

Lo que resulta extravagante es que la Administración argumente que algunas Órdenes de clasificación se adoptaron cuando se encontraba en la cúspide del ordenamiento jurídico la Constitución de 1931, que sometía a las entidades religiosas a su inscripción en un Registro a través de la orden de clasificación, que ahora se quiere revisar, y que la Fundación no ha sufrido ningún tipo de indefensión porque hubiera podido impugnar esta clasificación.

2. *Acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*

La Fundación, tras su erección canónica, queda sometida al Derecho Canónico, siendo «jurídicamente imposible» su sometimiento a dos regímenes distintos: el canónico y el civil: expresión utilizada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 1999, Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que añade: «Las entidades canónicamente erigidas no se inscriben en el Registro General de Asociaciones, ni en los propios de las Comunidades Autónomas, surtiendo plenos efectos la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas».³²

³⁰ «Actividades de carácter benéfico o asistencial».

³¹ «Actividades benéfico-docentes, médicas u hospitalarias, o de asistencia social».

³² Jaume Traserra Cunillera, en su monografía «Las fundaciones pías autónomas», transcribe una Resolución en la que el Ministerio deniega la clasificación de una entidad, como

La Administración del Estado no tenía competencia sobre la materia para dictar esa Orden de clasificación, porque estaba ejerciendo una potestad que no tenía atribuida. La Administración del Estado no era competente para dictar una Orden que afectara a una fundación erigida canónicamente, ya que se estaría sometiendo a esa fundación a la legislación civil, cuando esa fundación canónica estaba sujeta al Derecho Canónico y a la competencia de las autoridades eclesiásticas.

La Orden de Clasificación dictada por la Administración del Estado pretende arrebatar el patrimonio a una persona jurídica canónica ya existente, ya que la Orden de Clasificación está constituyendo una persona jurídica, o bien distinta de la canónica existente, o bien sin patrimonio, ya que los bienes estaban ya inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de la Fundación canónica. La Orden de Clasificación no respeta la personalidad jurídica canónica y civil de la Fundación canónica; sustrae a una persona jurídica ya existente, pasándola del ordenamiento canónico al civil, ordenando incluso que los bienes inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de la Fundación canónica pasaran a ser inscritos a nombre de la Fundación civil, fruto de esa Orden de Clasificación.

El mismo Decreto de erección de esa fundación canónica, anterior a la Orden de Clasificación, decía que los bienes que constituyen el patrimonio de la misma, no pueden enajenarse ni gravarse sin autorización de la autoridad eclesiástica. Pues bien, la Orden de Clasificación conculca claramente esta disposición, puesto que, como consecuencia de la misma, puede perderse el patrimonio en beneficio de la persona jurídica civil. Se estaría produciendo una enajenación de bienes eclesiásticos³³, que debería realizarse con las licencias y autorizaciones pertinentes (Obispo Diocesano e incluso si fuera nece-

de beneficencia particular, precisamente por estar ya erigida canónicamente, si bien no cita más datos sobre la fecha de su dictado. Argumenta lo siguiente: «Considerando que la Fundación que se pretende clasificar, si bien reúne en principio las condiciones previstas en los artículos 2.º y 4.º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899, por tratarse de Instituciones de Beneficencia (...) trasciende el ámbito estricto de las instituciones de beneficencia privada, por cuanto se trata, según en los propios Estatutos se indica, de Instituto Eclesiástico no colegiado, erigido por el Ordinario del Lugar y constituido en persona jurídica de la Iglesia según el canon 1.489 de Derecho Canónico, por lo que, teniendo personalidad independiente de las instituciones civiles (según se desprende de los términos del artículo IV.2 del Concordato de 27-8-1953 y Decreto de 12-3-1955), no parece oportuno que sobre el particular se adopte pronunciamiento de ninguna clase en obligado respeto a las normas que aseguran la esfera privativa competencia del Prelado sobre dichas instituciones».

³³ «Enajenación» en derecho canónico tiene un concepto amplio, entendiendo «cualquier operación en la que pueda resultar perjudicada la situación patrimonial de la persona jurídica» (canon 1295 del Código de Derecho Canónico de 1983).

sario de la Santa Sede)³⁴, previo consentimiento de los órganos consultores (Consejo de Asuntos Económicos y Colegio de Consultores).

La Orden de Clasificación, por tanto, pudo no haber respetado el Concordato entre S. S. Pío X y la Majestad Católica de Isabel II, celebrado el 15 de marzo de 1851, que dice en su artículo 41: «... Por consiguiente, en cuanto a las antiguas y nuevas fundaciones eclesiásticas no podrá hacerse ninguna supresión o unión sin la intervención de la autoridad de la Santa Sede, salvas las facultades que competen a los obispos, según el Santo Concilio de Trento», y en el 43: «Todo lo demás perteneciente a personas o cosas eclesiásticas, sobre los que se provee en los artículos anteriores, será dirigido y administrado según la disciplina de la Iglesia canónicamente vigente». El mismo Concordato, en el artículo 45, concluye: «... y el mismo Concordato regirá para siempre en lo sucesivo como Ley del Estado en los propios dominios, y por tanto una y otra de las partes contratantes prometen por sí y sus sucesores la fiel observancia de todos y cada uno de los artículos de que consta. Si en lo sucesivo ocurriese alguna dificultad, el Santo Padre y S. M. Católica se pondrán de acuerdo para resolverla amigablemente».

La Orden de Clasificación pudo no haber respetado el Concordato de 27 de agosto de 1953³⁵, que en su artículo XXXV.2 disponía: «Las materias relativas a personas o cosas eclesiásticas, de las cuales no se ha tratado en los artículos precedentes, serán reguladas según el Derecho Canónico vigente».

La Orden de Clasificación pudo no haber respetado el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979³⁶, que en su artículo I.4.2 dispone: «A los efectos de determinar la extensión y límites de su capacidad de obrar, y, por tanto, de disponer de sus bienes, se estará a lo que disponga la legislación canónica, que actuará en este caso como derecho estatutario».

La Orden de Clasificación por la Administración del Estado pudo no haber respetado, desde el mismo momento de su aprobación, los distintos Concordatos y Acuerdos bilaterales entre el Estado Español y la Santa Sede. Y estos Acuerdos han sido declarados por el mismo Tribunal Constitucional como verdaderos Tratados Internacionales, según las Sentencias número 66/1982, de 12 de noviembre, y 187/1991, de 3 de octubre. Estos Trata-

³⁴ Debe atenderse a los cánones 1291 y 1292, y a los límites mínimo y máximo establecidos por cada Conferencia Episcopal.

³⁵ Celebrado entre Su Santidad el Papa Pío XII y Su Excelencia el Jefe del Estado Español Francisco Franco Bahamonde.

³⁶ Instrumento de ratificación de 4 de diciembre de 1979, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 300, de 15 de diciembre de 1979.

dos Internacionales, según el artículo 96 de la Constitución, una vez ratificados y publicados oficialmente en el Boletín Oficial del Estado, forman parte del ordenamiento jurídico interno, y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. Y así el artículo 27 del Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados dispone que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado», ya que el artículo 26 del mismo Convenio expresa: «Principio Pacta sunt servanda. Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

Al no respetar la Orden de Clasificación las disposiciones contenidas en estos Tratados Internacionales, la intervención de la Administración del Estado mediante la Orden de Clasificación, es nula. Por tanto, la competencia que, en materia de fundaciones, pudiera ostentar el Ministerio era la relativa a las denominadas fundaciones benéfico-asistenciales, no sobre las fundaciones canónicas (por mucho que éstas últimas realizaran actuaciones benéficas o de caridad), por lo que el presupuesto fáctico, para proceder a dicha clasificación, esto es, la constitución por voluntad del fundador de una fundación benéfico-asistencial de carácter civil, parece no existir.

La Administración, siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2000, aduce que «el término de incompetencia ha de reconducirse a su carácter manifiesto, no sólo por razón de la materia y territorio, sino por razón de la jerarquía».

3. *Acto de la Administración Pública nulo de pleno derecho por tener un contenido imposible*

La Orden de clasificación ha constituido una fundación sin patrimonio, porque el patrimonio era de una persona jurídica canónica ya existente con su propia personalidad jurídica civil. El constituir una fundación sin patrimonio es un acto de la Administración Pública nulo de pleno derecho porque tiene un contenido imposible.

En la tradición de las fundaciones el patrimonio ha sido el elemento definidor de esta persona jurídica, que se concebía como «patrimonio adscrito a un fin». Era tan esencial el elemento patrimonial, que a las fundaciones se les calificaba como «universitates rerum» o «universitates bonorum». La dotación patrimonial, que podía estar constituida por bienes muebles o inmuebles, se concebía como un capital estático, que debía producir las suficientes rentas para asegurar el funcionamiento regular de la institución. En

toda la legislación se contemplaba esta concepción patrimonialista de la fundación, basada en la necesidad inexcusable de la dotación para la existencia del establecimiento benéfico o fundación.³⁷

La idea principal de esta concepción, basada en que la Fundación, para el cumplimiento de sus fines, debe nutrirse de las rentas de sus bienes, es asumida en multitud de sentencias, aportando como representativas las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1941 (RA 1923)³⁸ y de 19 de mayo de 1972 (RA 2490)³⁹.

La Orden clasifica como de Beneficencia Particular Mixta (docente y asistencial) una fundación, sin tener un capital propio. No era suyo, sino de una manda pía erigida canónicamente con anterioridad, y a nombre de la cual estaban inscritos los bienes en el Registro de la Propiedad.

IV. Argumentos de la discusión entre la fundación y la Administración sobre la revisión de oficio

1. La garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica

La Administración puede argumentar jurisprudencia al respecto, concretamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006, que dice: «La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad

³⁷ La jurisprudencia igualmente participa de esta concepción, reflejando la necesidad de «vender sus bienes raíces para convertirlos en inscripciones intransferibles de la Deuda Pública» (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1922 SEIX 1922), al contemplar que «ha podido la Administración, al clasificar como de benéfico-docente aquella institución, disponer que procedan los patronos a convertir en inscripciones intransferibles de la Deuda Pública cuantos bienes constituyan el capital, con excepción de los inmuebles que sean necesarios para el cumplimiento de su misión» (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1926 SEIX 1926), o al señalar la obligación del patrono de una fundación de convertir las acciones del Banco de España en inalienables a nombre de la Fundación (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1927 SEIX 1928).

³⁸ Que afirma en uno de sus Considerandos que: «para que pueda reconocerse a las fundaciones personalidad propia es obligado que cumplan o puedan cumplir con el objeto de su institución o sea el que tuvo desde tiempo inmemorial y que se mantengan principalmente con el producto de sus bienes propios, sin ser socorridos por necesidad con fondos del Gobierno, de la Provincia o del Municipio, ni con repartos o arbitrios forzosos».

³⁹ Que en uno de sus Considerandos afirma: «Que en efecto, el artículo 2.º del Real Decreto de 27 de septiembre de 1912, establece como condición esencial para la calificación de una Institución benéfico-docente, que ésta goce de un capital propio cuyas rentas o valores puedan ser aplicados inmediatamente a los fines de la misma»,

jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se plantea en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto. La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros...».

Y en base a asegurar este principio de seguridad jurídica, el mismo Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de octubre de 2012, aunque reconoce que la revisión de oficio se puede realizar en cualquier momento, al tratarse de una acción imprescriptible y en principio sin límite temporal, acaba diciendo que: «hay que tener en cuenta los límites previstos en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que prevé que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resultara contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes...» y sigue diciendo el Tribunal Supremo: «que es lo que ocurre en el caso de autos, ya que la solicitud de revisión se plantea 10 años después de producido el acto administrativo cuya nulidad se pretende». El Tribunal Supremo parece entender que diez años es excesivo para declarar la nulidad de un acto administrativo, dejando ya prácticamente fuera de lugar cualquier pretensión de revisión de oficio de un posible acto nulo, si el tiempo transcurrido supera ese límite.

La Administración, basándose en esta jurisprudencia, puede argumentar que no cabe ya la revisión de oficio por el tiempo transcurrido desde la fecha de la solicitud de la revisión de la Orden de clasificación y la fecha de la propia Orden.

Frente a este argumento de la Administración, ha de alegarse que es precisamente el Tribunal Supremo en sus sentencias, quien afirma que la revisión no tiene límite temporal alguno. Por tanto no es obstáculo solicitarlo muchísimos años después. Únicamente se contempla como límite a la revisión de oficio el que su ejercicio resultara contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Pero eso es algo que debe probar

quien lo aduzca⁴⁰, no quien solicite la revisión de oficio. Deberá ser, pues, la Administración la que demuestre que esta revisión de oficio que se solicita resulta contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. Pero en estos casos que se están tratando, precisamente ocurre lo contrario: es la actuación de la propia Administración la que, en su día, cuando se dictó la Orden de Clasificación de una fundación erigida canónicamente y con personalidad jurídica civil, fue contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares y a la legislación vigente entonces.

Por tanto, precisamente para preservar los principios de legalidad y seguridad jurídica, debe aceptarse la revisión de oficio en estos casos sin límite temporal.

2. El desconocimiento de los conceptos jurídicos canónicos y del régimen jurídico aplicable

La Administración puede argumentar que cuando se erige canónicamente la Fundación, estaba vigente la Constitución de 1931, que, en su artículo 26 prohibía que las Órdenes o Congregaciones Religiosas pudieran ejercer la industria, el comercio o la enseñanza. Por tanto, difícilmente podría vulnerar la Orden de clasificación el derecho fundamental a la libertad religiosa, cuando en aquel momento fue, según la Administración, la autoridad eclesiástica la que vulneró la Constitución al erigir canónicamente esa fundación. La propia Administración puede presentar que aplicar el marco normativo actualmente vigente a un acto administrativo dictado hace muchos años bajo otro marco normativo distinto, supone una problemática que descontextualiza la eventual nulidad del acto.

Frente a este argumento de la Administración, puede alegarse que parece estar confundiendo lo que es una Orden o Congregación religiosa, que es a lo que se refiere el artículo 26 de la Constitución Republicana de 1931 (por cierto claramente restrictiva del derecho fundamental de libertad religiosa) con un Instituto eclesiástico no colegiado regulado en los cánones 1489 a 1494 del Código de Derecho Canónico de 1917 entonces vigente.⁴¹

⁴⁰ «Affirmanti incumbit probatio»: a quien afirma, incumbe la prueba.

⁴¹ Prescribía el canon 1489: «1. Los hospitales, orfanatos y otros institutos semejantes destinados a obras de religión o de caridad, ya espiritual, ya temporal, pueden ser erigidos por el Ordinario del Lugar, y por un decreto suyo quedar constituidos persona jurídica en la Iglesia».

Y si se hubieran erigido canónicamente estas entidades antes de la entrada en vigor del Concordato de 27 de agosto de 1953, por aplicación del artículo IV.1 automáticamente el Estado español les habría reconocido la personalidad y la plena capacidad de adquirir, poseer

No se está hablando de Congregaciones ni de Órdenes Religiosas, sino de un Instituto Eclesiástico no colegiado, con personalidad jurídica canónica y automáticamente con personalidad jurídica civil desde 1934, pero que para justificarla necesita la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Y esa inscripción se practica cuando se desee, porque la personalidad jurídica civil se posee igualmente, aunque no se pueda probar hasta su inscripción. Pero esa inscripción sólo se puede realizar después de los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado español, que son de 1979, y después del Real Decreto 589/1984, de 8 de febrero, sobre fundaciones de la Iglesia Católica, y normalmente este tipo de fundaciones hace muchísimo tiempo que están intentando probar la nulidad de esta Orden de clasificación.

Pero además, en ejecución de los artículos 26 y 27 de la Constitución de 1931, se dictó la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas de 1933. Esta Ley, que es la que estaba vigente, cuando se erige canónicamente la fundación, comprende perfectamente la distinción entre Órdenes y Congregación Religiosa y los Institutos de Beneficencia. A las primeras, les dedica el Título VI (arts. 22 y siguientes) y a los segundos les dedica el Título V (art. 21). Esta misma Ley regula el régimen de bienes en el Título III (arts. 11 al 19), y es precisamente en el artículo 19 en el que dispone: «Los bienes que la Iglesia Católica adquiera después de la promulgación de esta Ley y los de las demás confesiones tendrán el carácter de propiedad privada...». Previamente en el artículo 15 había señalado: «Tendrán el carácter de bienes de propiedad privada las cosas y derechos que, sin hallarse comprendidas entre los señalados en el artículo 11, sean considerados también como bienes eclesíasticos»: Los del artículo 11 eran los templos, edificios anexos, palacios episcopales y casas rectorales, seminarios, monasterios, a los que se consideraba pertenecientes a la propiedad pública nacional.

Por tanto, una Manda Pía no es una Orden o Congregación religiosa, y además cuando se erige canónicamente, ya estaba vigente la Ley de Confesiones y Congregaciones Religiosas de 1933, que permite la existencia de estas entidades eclesíasticas, y el que puedan tener bienes que son de propiedad privada. Los bienes han estado inscritos a nombre de la Manda Pía, y nunca a nombre de la Orden o Congregación Religiosa. No debe tampoco

y administrar toda clase de bienes. Y automáticamente, y en virtud del artículo I.4 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede, le será reconocida por el Estado la personalidad jurídica civil, aunque a tenor de la Disposición Transitoria Primera del Acuerdo, pasados tres años desde la entrada en vigor del Acuerdo, únicamente podrán justificar que tienen esa personalidad jurídica civil con el certificado de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. Si no se inscriben, tendrán igualmente esa personalidad jurídica civil y esa capacidad de obrar, pero no podrán justificarla.

confundirse el ente benefactor con la entidad que reciba los beneficios de ese ente y, por supuesto, no debe confundirse una Congregación religiosa con una Manda Pía o con un Instituto eclesiástico no colegiado.

3. *La consideración durante muchos años como Fundación de beneficencia particular mixta*

La Administración suele argumentar que la Fundación ha conocido durante décadas el tratamiento que se dispensaba a las Instituciones de beneficencia particular sin que instara revisión ni modificación alguna, y ahora que ya tienen los mismos beneficios fiscales las fundaciones civiles que las religiosas es cuando solicita la revisión de oficio.

La Manda Pía fue clasificada en una época de claro sectarismo religioso, de persecución de la Iglesia Católica y de presión por parte de la Administración para su inmediata clasificación. En muchas de estas fundaciones erigidas canónicamente era evidente la compulsión ejercida por parte de las autoridades republicanas sobre los Patronatos, para proceder a su clasificación como instituciones de beneficencia y sujeción al Protectorado de la Administración civil. Además estas presiones solían ejercerse a través de los respectivos Gobiernos civiles (Junta Provincial de Beneficencia) y Ayuntamientos republicanos donde se encontraba la propia Fundación, llegando al extremo de nombrar representantes o «comisarios» de los Ayuntamientos republicanos para formar parte de los patronatos de estas fundaciones religiosas. Todas estas Fundaciones han intentado desde el principio resolver este problema legal, pero en aquellos momentos no se podía actuar de otra manera, ya que inmediatamente se ponía en marcha la maquinaria de la suspensión, destitución y remoción de los patronos.

Pero incluso en el supuesto de que hubiere sido el mismo Patronato quien solicitare la clasificación, ésta tampoco sería válida, porque si la fundación ya había sido erigida canónicamente y tuviere personalidad jurídica civil, el Patronato no tiene competencia para hacer esa petición de clasificación a la Administración, sin la correspondiente autorización de la autoridad eclesiástica. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1969 (RA 4481) afirma que en cuanto a la capacidad de disponer y administrar de estos Entes morales de inferior categoría «no cabe olvidar en cambio que este precepto dispone que el régimen jurídico a que la expresada materia debe someterse se regirá por lo concordado y que el artículo 43 del Protocolo de 1851 agrega que lo referente a personas o cosas eclesiásticas “será dirigido y administrado según la disciplina actualmente vigente”. En

idéntico sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1962 (RA 4302)».

A mayor abundamiento se produce la nulidad de la orden de clasificación si ésta hubiera sido forzada u obligada por la Administración (la Junta Provincial de Beneficencia).

Por consiguiente, una solicitud de clasificación que no fuera realizada o autorizada por la Autoridad eclesiástica competente (si la fundación hubiere sido ya erigida canónicamente), a tenor de las normas canónicas no estaría válidamente cursada, siendo de la misma manera nula la orden de clasificación, si se mantiene el respeto a los Concordatos como verdaderos Tratados Internacionales.

Y si hubiera habido algún problema al respecto, los posibles conflictos suscitados por motivo de la erección canónica y por la posterior clasificación de una fundación, debían haberse sujetado a la solución prevista en «la fuente cimera de tal “ius inter potestates”, que es cabalmente el Concordato de 27 de agosto de 1953». Así decía el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 1966 (Expediente número 34669). Hoy hubiera hecho referencia a los artículos VII del Acuerdo Jurídico. XVI del Acuerdo sobre Enseñanza, VII del Acuerdo sobre Asistencia Religiosa o VI del Acuerdo Económico, disponiendo todos ellos que «la Santa Sede y el Gobierno español procederán de común acuerdo en la resolución de las dudas o dificultades que pudieran surgir en la interpretación o aplicación de cualquier cláusula del presente Acuerdo, inspirándose para ello en los principios que lo informan».

No obstante los responsables de estas fundaciones desde el primer momento intentaron quitar a la entidad canónica este ropaje que le puso la Administración, pero en todo caso, lo que se discute es si en aquel momento de la clasificación, la orden se hizo correctamente o no, si se hizo respetando los derechos fundamentales o no, si se hizo respetando la legalidad vigente o no, si se hizo respetando los Acuerdos internacionales o no.

Sería absolutamente inadmisibles que actualmente la Administración arrojará la más mínima sospecha sobre el actuar de los patronos de esa fundación erigida canónicamente, tachándolo de oportunista o de ir contra sus propios actos.

4. La infracción o no del derecho de libertad religiosa

La Administración puede argumentar que cuando se adopta el acto administrativo que se pretende revisar, se encontraba en la cúspide del ordena-

miento jurídico español, otra Constitución, la de 1931, la cual también reconocía, en su artículo 27, el «derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión».

La Administración puede entender que no se trata, por tanto, de una infracción manifiesta de un derecho fundamental, ya que se está analizando desde la perspectiva de la perspectiva de la Constitución actual, lo que pugna con el principio de seguridad jurídica. La Administración puede apreciar que siempre, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, podría plantearse la nulidad de muchos actos jurídicos adoptados en el Régimen de la II República, pero también con el régimen franquista, pero podría quebrar el principio de seguridad jurídica si las Administraciones Públicas no hicieran el uso restrictivo de su potestad de revisión de oficio (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 13 de marzo de 1987).

Frente a este argumento de la Administración, debe decirse que siendo clara la voluntad del fundador, de constituir una fundación religiosa, habiendo procedido a dar cumplimiento a dicha voluntad las personas por él designadas en su testamento, lo que llevó al Decreto de erección canónica de la fundación, y no siendo óbice a dicha creación, la realización de actividades «caritativas», la clasificación forzada de la misma como fundación de beneficencia particular mixta, tutelada por las autoridades gubernativas, pudo suponer una vulneración del derecho fundamental de libertad religiosa.

Pero además, la Constitución española de 1978, en su Disposición Derogatoria, apartado 3.º, afirma: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución». La Constitución, según la Disposición Final, entró en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el Boletín Oficial del Estado⁴².

Luego desde el 29 de diciembre de 1978 la Orden de clasificación de estas fundaciones erigidas canónicamente (con personalidad canónica y civil), quedan derogadas en virtud de la Disposición Derogatoria de la Constitución española, porque claramente se oponen a lo establecido en el artículo 16 de la Constitución de 1978.

5. *La posible revocación de la Orden de clasificación*

La Administración puede argumentar que no procede la revisión de oficio, pero si se estimara que, al no existir en la legislación sectorial de fundaciones causa específica de cancelación registral por duplicidad con el Regis-

⁴² Que lo fue en el número 311, de 29 de diciembre de 1978.

tro de Entidades Religiosas⁴³, y que dicha ausencia de previsión expresa no queda enervada por aquel pronunciamiento del Tribunal Supremo y la normativa de aplicación en materia de libertad religiosa, podría eventualmente plantearse la revocación del acto administrativo, de la Orden de clasificación, claro está, siempre que quedara acreditado que, de conformidad con lo establecido en el artículo 105.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre⁴⁴, aquella inscripción registral como fundación clasificada fue un acto de gravamen o desfavorable, y que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

Frente a esta argumentación de la Administración, podría aducirse que sí procede la revisión de oficio atendiendo a la concurrencia de las siguientes causas de nulidad de pleno derecho: A) Acto administrativo que lesiona derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. B) Acto administrativo dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y, por congruencia, acto de contenido imposible.

Frente al argumento de la Administración de que con la revisión de oficio se podría atentar contra el principio de seguridad jurídica, puede alegarse que: A) También en el artículo 9.3 de la Constitución se garantiza el principio de legalidad, que no se respetó en la actuación de la Administración al clasificar esta fundación erigida canónicamente y con personalidad jurídica civil. B) También en el artículo 9.3 de la Constitución se garantiza el principio de jerarquía normativa, que se vulneró al no respetar los Concordatos como auténticos Tratados Internacionales ni el Código de Derecho Canónico de 1917, ni después la Disposición Derogatoria de la Constitución. C) También en el artículo 9.3 de nuestra Constitución se garantiza el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principio que no se ha respetado en el actuar de la Administración, produciendo a la misma fundación canónica indefensión, vulnerando el artículo 24 de la Constitución, y por supuesto el artículo 16 de la misma. D) También el artículo 106 de la Constitución hace referencia a la responsabilidad de los poderes públicos señalando: «1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y

⁴³ Recuérdese que la fundación erigida canónicamente debe estar inscrita en el Registro de Entidades Religiosas para poder justificar la personalidad jurídica civil que ya tiene desde el momento de su erección canónica en aquellos años en los que aún no existía el Registro de Entidades Religiosas, ni siquiera estaban en vigor los Acuerdos de 1976 y 1979 entre la Sede y el Estado español.

⁴⁴ Modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

No obstante, tanto por parte de la Administración como por parte de la fundación erigida canónicamente se puede admitir la baja de la fundación canónica en el Registro de Fundaciones estatal o autonómico, y su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, atendiendo a la naturaleza religiosa de esa fundación.

V. Plan de actuación de las fundaciones que han sido erigidas canónicamente y posteriormente clasificadas como fundaciones civiles

Todas estas fundaciones que fueron erigidas canónicamente, que tienen personalidad jurídica canónica y civil, y que posteriormente fueron clasificadas por la Administración, encontrándose sometidas a dos ordenamientos jurídicos, a dos Protectorados, han de ser tratadas con esmero y cuidado para clarificar su personalidad jurídica y el régimen jurídico al que están sometidas.

Estas fundaciones no pueden estar sujetas al Ordinario correspondiente como Protectorado de la fundación canónica, y al Ministerio o Consejería correspondientes como Protectorado, al ser clasificada como Fundación civil.

La solución idónea sería la creación de Comisiones Mixtas entre las autoridades eclesiásticas y las civiles (Administración estatal o autonómica) para proceder al esclarecimiento de su personalidad y de su patrimonio.

Pero en el supuesto de que no alcanzar estos acuerdos, por parte de las fundaciones deberían presentarse las pertinentes solicitudes de revisión de oficio de las Órdenes de clasificación, o pedir la revocación del acto administrativo, o la baja de la fundación en el Registro de Fundaciones estatal o autonómico, por estar ya inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, que es el competente para la inscripción de las fundaciones, que por su naturaleza religiosas, han sido erigidas canónicamente.

VI. Bibliografía

BENEYTO BERENGUER, R., *Fundaciones sociales de la Iglesia Católica. Conflicto Iglesia-Estado*, Edicep, Valencia, 1996.

- , *Enajenación de los bienes eclesiásticos y su eficacia civil*, Edicep, Valencia, 2006.
- , *Las fundaciones religiosas de la Iglesia Católica. Fundaciones pías autónomas*, Asociación Española de Fundaciones y CEU San Pablo, Madrid, 2007.
- , «Asociaciones y fundaciones canónicas: confusión en su personalidad jurídica civil», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel, Madrid, 2011, 87-116.
- , «Tipología de las fundaciones pías autónomas en la diócesis de Valencia», en BENEYTO BERENGUER, R. (dir.), *Reflexión y perspectivas de futuro de las fundaciones autónomas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 55-63.
- , «Posibilidad de inscripción de las fundaciones pías autónomas en el registro de fundaciones de la Comunitat Valenciana», en BENEYTO BERENGUER, R. (dir.), *Reflexión y perspectivas de futuro de las fundaciones autónomas*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 129-139.
- , «Estatuto jurídico de las obras de la Iglesia como fundación civil», en BOSCH, J. (ed.), *Cuestiones actuales de derecho canónico y derecho eclesiástico del Estado* (Actas de las XXXIV Jornadas de Actualidad Canónica, organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 23-25 de abril de 2014), Dykinson, Madrid, 2015, 207-237.
- CAMPO IBAÑEZ, M., «Las fundaciones canónicas en España. Derecho particular diocesano y realidad social», en *Ius Canonicum* 55, 2015, 641-694.
- CASTELLÓ COLOMER, J. F., «El gobierno de las fundaciones autónomas y su vinculación efectiva con el ejecutor de todas las voluntades pías», en BENEYTO BERENGUER, R. (dir.), *Reflexión y perspectivas de futuro de las fundaciones autónomas*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 97-106.
- CORBÍ COPOVÍ, A., «Asociaciones y fundaciones con fines de caridad según el Motu Proprio “Intima Ecclesiae natura” sobre el servicio de la caridad», en BENEYTO BERENGUER, R. (dir.), *Reflexión y perspectivas de futuro de las fundaciones autónomas*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 129-139.
- GARCÍA VILARDELL, M. R., «Las fundaciones de la Iglesia Católica ante el ordenamiento jurídico civil: algunas consideraciones en torno a su régimen jurídico», en BENEYTO BERENGUER, R. (dir.), *Reflexión y perspectivas de futuro de las fundaciones autónomas*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 107-127.
- HERRERA CEBALLOS, E., «Hacia la construcción de un Registro fiel reflejo de la realidad. La reforma del Registro de Entidades Religiosas», en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* 39, 2015.



Retos y futuro de la sociedad civil

Carlos Álvarez Jiménez

Vicepresidente segundo de Fundación Derecho y Discapacidad

SUMARIO: I. LA SOCIEDAD CIVIL.—II. EL ENTORNO: 1. *Entorno actual*. 2. *Revolución tecnológica*. 3. *Comunicación de las ideas*. 4. *Entorno futuro*.—III. ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL: 1. *Bien común*. 2. *Idea de progreso*. 3. *Actuación ética*. 4. *Defensa de los derechos humanos*. 5. *Desarrollo cultural*.—IV. FUTURO DE LA SOCIEDAD CIVIL: 1. *Colaboración con el Estado*. 2. *Colaboración con las empresas*. 3. *Mejora de las entidades solidarias*.—V. RESUMEN.

Voy a referirme a la sociedad civil, a sus retos y futuro. La ciudadanía tiene desafíos y la sociedad civil debe darles respuesta con propuestas ambiciosas, fundamentadas en valores sólidos y en un profundo conocimiento de su entorno; para ello ha de establecer alianzas y fortalecer su gestión.

I. La sociedad civil

Entiendo por sociedad civil «el conjunto de personas y entidades que se unen para actuar en el ámbito público fuera de las estructuras gubernamentales, con el objetivo de defender los derechos individuales y sociales de los ciudadanos».

Nace de la voluntariedad, se autoorganiza y trabaja por el bien común a través de fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, que desean potenciar el bienser y el bienestar de las personas. Está inspirada por la solidaridad más noble y natural: la de la gratuidad, que supone dar sin esperar nada a cambio; si no existiera, muchos problemas no tendrían solución pues se impondrían los egoísmos personales.

La sociedad civil, que surge cuando los ciudadanos tienen aspiraciones insatisfechas, actúa guiada por el altruismo y aporta ética y cohesión social para contribuir a la transformación de la sociedad. Colabora con el Estado y proporciona aquello que él no puede amparar o le falta agilidad para solucionarlo. Su actuación está presidida por las obras más que por las palabras.

Necesitamos una sociedad civil vigorosa que detecte necesidades sociales, denuncie problemas, defienda derechos, sensibilice a la ciudadanía, fomente

su participación, etc. Las sociedades son más fuertes cuando los ciudadanos se asocian y organizan.

Sus objetivos pueden ser concretos (cultura, medio ambiente, educación, sanidad, excluidos, etc.) o de amplio espectro, dirigidos a una mejora global de la sociedad. Estos últimos deben cobrar mayor protagonismo en las inquietudes de la sociedad civil, que ha evolucionado desde dar respuesta a las necesidades primarias de las personas, a propugnar el desarrollo y defensa de los derechos humanos.

Cuando se produce la crisis del estado del bienestar y el Estado no puede garantizar todos los derechos, debe transitarse hacia la sociedad del bienestar, en la que los ciudadanos asumen responsabilidades, por cuanto el Estado no es el único agente del bien común.

Nunca como hasta ahora ha sido tan necesaria una sociedad civil potente y con ideas claras. Pudiera pensarse que con mayor desarrollo hay menos problemas; esto es cierto si nos circunscribimos a la pobreza y a las pandemias, pero han surgido nuevas necesidades sociales. Para darles respuesta el primer reto de la sociedad civil es saber dónde estamos y hacia dónde vamos.

II. El entorno

Para mejorar la sociedad es imprescindible conocer su entorno actual y el que creemos será el del futuro. Hemos de acertar en el diagnóstico y en el tratamiento, en un mundo cambiante en el que es difícil adivinar hacia dónde se dirige. Para tener éxito hay que analizar de forma integral todos los factores que lo configuran; algo que nunca fue fácil, ahora es aún más complejo.

1. *Entorno actual*

Estamos mejor que hace décadas: hay más justicia social y mayor libertad, pero hay que mejorar. Hoy están presentes: el relativismo, la permisividad y la crisis de valores; el cuestionar lo natural; las crisis humanitarias; el debilitamiento de las clases medias; la desaprobación de unas élites incapaces de afrontar los problemas de la sociedad; la sensación de inseguridad; la dictadura de lo políticamente correcto, etc.

Me refiero a algunas consecuencias de ello:

—*La falta de reconocimiento efectivo de los derechos humanos.*

—*Las migraciones*, consecuencia de poblaciones que huyen de la pobreza o de la tiranía. La actitud solidaria debe ir unida a la exigencia del respeto de los derechos universales, pues admitir la diversidad no supone aceptar lo intolerable.

—*La propagación de ideas simplistas*, que propician los populismos y nacionalismos excluyentes y racistas.

—*La democracia amenazada por sistemas totalitarios*. Frente a la defensa de las libertades individuales surgen movimientos que sobrevaloran los derechos colectivos y reafirman identidades basadas en territorios, culturas, lenguas, religiones, etc.

—*La ausencia de líderes* políticos, pensadores e intelectuales.

—*La preponderancia de las finanzas* sobre la economía real, que eclipsa a la empresa productiva al tratar de rentabilizar al máximo las inversiones.

—*Las estructuras* políticas, sociales y económicas obsoletas, sin que existan ideas alternativas.

—*Las drogas, las adicciones*, las diferentes formas de violencia, la manipulación de la sociedad, etc., que tienen complejas causas morales.

—*Las personas que se hiperestimulan y autoexplotan* en la búsqueda del éxito, lo que produce una alienación al pasar de la explotación ajena a la propia.

—*La transparencia absoluta* que es enemiga de la intimidad, al convertir la vida social en un espectáculo. La confianza no es fruto solo de la transparencia, sino de una relación positiva con el otro.

—*La acumulación de información* que no contribuye a descubrir la verdad, ni a conocernos a nosotros mismos, ni a la diversidad del pensamiento. Se confunde el saber, que exige profundidad, y la información, que no aporta entendimiento.

Dentro del entorno voy a referirme a la revolución tecnológica y a la comunicación de las ideas.

2. Revolución tecnológica

La transformación digital tiene una enorme incidencia en la sociedad. Son admirables los avances científicos que reflejan la capacidad de la persona para crear y explorar nuevos conocimientos. Ocurre en la ciencia, la investigación, la comunicación, la innovación, la salud, etc. a cuyo desarrollo ha contribui-

do la sociedad civil. Contamos con muchos medios que pueden ponerse al servicio del bien o usarlos de forma lesiva.

No me asombro cuando un niño de tres años maneja un ordenador ya que nuestras habilidades evolucionan; me maravillaré el día en el que discuta sobre filosofía. Debemos estar atentos a la formación de quienes han crecido relacionándose con las máquinas, para que transiten con éxito a los conceptos complejos/abstractos. El software no puede reemplazar al logos.

La tecnología siempre debe respetar la dignidad de la persona y estar a su servicio. La razón moral debe anteponerse a la razón técnica, pues no todo cuanto puede hacerse en un laboratorio es moral. Es preciso contar con límites éticos, que debieran ser universales pues de poco sirven los nacionales en un mundo sin fronteras.

Me refiero a algunos de sus resultantes:

—*La incidencia en el trabajo*: se está produciendo una sustitución de las personas por robots, por tanto, debemos cuidar que no haya excluidos del mercado laboral. Hay que proteger los derechos de los trabajadores más que los puestos de trabajo, algo que exige mejorar los conocimientos de los ciudadanos.

No podemos culpar de todos los males a la globalización y a la tecnología, pues hay decisiones políticas y empresariales que producen paro.

—*La lectura*: cada vez cuesta más leer un libro o un artículo largo, fruto del hábito de navegar por numerosos temas sin profundizar. Un modo diferente de leer genera una forma distinta de pensar; si la lectura es de calidad, da lugar a un pensamiento inteligente. Paralelamente, cada vez nos comunicamos con un menor número de palabras, lo que conduce a la superficialidad.

Los «buscadores» ofrecen enormes facilidades que afectan al modo por el que accedemos al conocimiento y a la información; ahora es más rápido, pero es discutible el que sea más riguroso y el cómo afecta a nuestro proceso intelectual.

—*La adición a la tecnología*: el uso exagerado de las redes sociales, de la comunicación, de la información, etc., tiende a absorbernos y a crear una dependencia de la que no somos conscientes, como ocurre con otras adicciones que restan libertad e impiden que se hagan cosas más importantes, como potenciar las relaciones humanas directas y profundas.

—*La tecnología no es neutra*: si se utiliza mal contribuye a homogeneizarnos y a aislarnos. Los macrodatos pueden devaluar el pensamiento y la persona

parece el resultado de una operación algorítmica. El objetivo no puede ser reemplazar las destrezas propias por impresoras 3D.

A veces, la comunicación se limita a intercambiar información y los contactos personales se sustituyen por conexiones. Hay que escuchar y mirar al otro para darse cuenta de su dimensión y presencia, o de lo contrario caeremos en el narcisismo y el hedonismo.

Las elevadas cuotas de mercado de las grandes empresas tecnológicas las convierten en monopolísticas. Ello incide en las condiciones laborales y en el respeto de las leyes, al estar en juego elevados beneficios económicos y, en consecuencia, tratan de hacernos dependientes de algo que posiblemente no necesitamos.

3. *Comunicación de las ideas*

El conocimiento del entorno y nuestra capacidad de mejorarlo están condicionados por las ideas que nos transmiten. Contamos con medios, pero las redes son más útiles para difundir emociones y temas sencillos —con la participación de personas que no los dominan— que para tratar materias complejas.

Cuando compramos un periódico impreso somos consumidores de una publicidad genérica. Hoy han reducido su tirada, aunque llegan a más personas a través de ediciones digitales, con noticias seleccionadas y una publicidad orientada a las necesidades de compra del lector, supeditando la información a intereses económicos.

En la actualidad las ideas importan menos que unas imágenes fácilmente manipulables, sin que nos inquieten las mentiras a pesar de que nos colonizan. Ello ha abierto paso a la posverdad que es la «Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales. Los demagogos son maestros de la posverdad».

Las noticias falsas —que para enganchar son atractivas y sensacionalistas, desprestigian, manipulan e invaden la intimidad— hoy ocupan los primeros lugares del ranking de lectura contribuyendo a la confusión. El liderazgo del saber ha dejado paso a la vulgaridad y a la banalidad de contenidos, dificultando discernir la verdad de la mentira.

La sociedad ha de diferenciar la noticia (algo que surge), la información (requiere profundizar) y la opinión (visión personal de quien la firma). Un buen conocimiento de la realidad facilita pensar integralmente teniendo en

cuenta todos los elementos que inciden en ella. Si acertamos, contribuiremos a una sociedad más justa, más civilizada, más culta y más humana.

Si no somos beligerantes nos desbordará este problema. La sociedad civil, a partir de sus valores, debe buscar la verdad desde la libertad —que no puede identificarse con los avances científicos, sino que es fruto de una moral universal— y ocuparse de estas cuestiones ya que a los políticos les inquietan otras cosas.

4. *Entorno futuro*

Está conectado con el actual. Vivimos en un permanente proceso de adaptación; ahora los cambios son rápidos, pero asumibles si la persona cuenta con valores de referencia y la sociedad no está desnortada y desconectada de los problemas reales. El mundo se ha globalizado, una de cuyas señas de identidad es el consumismo, causa y consecuencia de cambios, al sobrevalorarse el tener y el aparentar.

Las mayores empresas están en la electrónica, la comunicación, redes sociales, etc. En consecuencia, en defensa de sus intereses aspiran a que el conocimiento, el prestigio profesional y el consumo se centren en estas áreas. Por el contrario, no existe especial interés en el fomento de la filosofía, las ciencias jurídicas y sociales, las bellas artes, las humanidades, etc. Esto puede arrastrar a un desarrollo desequilibrado.

Los acontecimientos suelen sorprender a los políticos con el pie cambiado ya que, preocupados por mantener el poder, no miran el largo plazo y no se adelantan a los hechos. Esto no le puede ocurrir a la sociedad civil que opera en el terreno moral para contribuir a un futuro mejor.

Hay que pasar de ser espectadores a actores, pues la inacción es irresponsabilidad y actuar mañana puede ser tarde. Para acertar el camino hay que valorar integralmente el entorno, sintetizando las variables que lo conforman y la experiencia de la sociedad.

Voy a referirme a algunos factores que estarán presentes en nuestro futuro. Las agrupo en: sociales, económicos, científicos, globales y predictivos.

SOCIALES:

—*La demografía*: hay países, como España, donde los fallecimientos superan a los nacimientos, consecuencia de que la tasa de natalidad es de 1,2 hijos. Auguran que se van a necesitar cinco millones de inmigrantes y simultáneamente anuncian un paro estructural elevado.

—*La familia*: el concepto de familia va variando y se cuestiona su función social. Ha disminuido su tamaño al reducirse el número de matrimonios, al aumentar las familias monoparentales y al incrementarse las parejas de hecho.

—*La globalización*: hay que convivir con otras sociedades y mercados compitiendo con ellos. El cambio climático, las nuevas tecnologías, etc., son temas planetarios.

—*La organización de la sociedad*: cuando se producen cambios se reconfigura, a veces fruto de reacciones de contenido ideológico extremo, que no es la mejor opción.

—*El debate intergeneracional e intercultural*: puede contribuir a reducir la incidencia de los dogmatismos caducos y ayudar a convivir con las incertidumbres, que nos acompañarán hasta encontrar las claves que vertebran la sociedad.

—*El mercado laboral*: se incorporan las nuevas tecnologías eliminando tareas rutinarias; se crean empleos que antes no existían; los trabajadores tendrán que reinventarse y reubicarse, pero sin crear nómadas y prevenir la exclusión y la desigualdad.

Una organización sostenible requiere un fortalecimiento de los derechos para salvaguardar a los trabajadores, que no pueden ser las víctimas de la tensión entre lo económico y lo social.

—*El sistema educativo*: ha de evolucionar. Los jóvenes deben fortalecer sus valores, potenciar las habilidades en creatividad, trabajo en equipo, adaptación a los cambios, disposición al esfuerzo, capacidad de pensar y razonar fuera de lo convencional.

La Academia debe incrementar la formación en humanidades, enseñar a pensar y ser profesores de personas y no solo de materias. Hay que pasar del predominio del STEM (ciencias, tecnología, ingeniería, matemáticas) al STEAM (incorpora el arte en sentido amplio). No pueden tratarse por un lado algoritmos y datos y por otro categorías y conceptos, debe lograrse la interacción del conocimiento y la práctica.

—*La cuestión social*: convocará con fuerza a la antropología y serán imprescindibles los humanistas para ofrecer respuestas que unan inteligencia y solidaridad, progreso y protección, desarrollo, sostenibilidad e integralidad.

ECONÓMICOS:

Hay progreso económico, pero aparecen nuevas realidades.

—*La economía colaborativa*: nació entre particulares abriendo el paso a unas relaciones que sobrepasan fronteras y creando una nueva competencia. Con los desarrollos tecnológicos ha evolucionado para ser un negocio de empresas que incide en el mercado.

—*Los monopolios y oligopolios*: se potencian cuando las mayores empresas adquieren las medianas, acrecentando así su influencia. El poder económico rivaliza con el político y el Estado/Nación cede el paso a las multinacionales; antes el referente internacional era la ONU, ahora también lo son el G7 y el G20.

El mundo económico debe aceptar que una desigualdad creciente es perversa y hay que revertirla para no poner en riesgo su imagen y la democracia.

—*La competitividad*: permanecer en el mercado requiere innovación, mejorar la productividad, transformación digital, comercio a distancia etc. en donde concurren todos los actores.

—*La gestión empresarial*: las empresas triunfarán si conocen a sus clientes y prevén sus necesidades. La tecnología ayuda, pero gestionar requiere de personas con visión estratégica y asumir que la competencia genera calidad y reduce precios.

TECNOLÓGICOS:

—*Los avances tecnológicos*: contamos con nuevos instrumentos como coches sin conductor, drones avanzados, inteligencia artificial y los relacionados con la biónica en medicina.

Unas personas, detrás de las que hay grandes inversiones, desarrollan técnicas que permiten surcar el espacio o desentrañar el genoma humano. Los demás tenemos que saber que estos avances están a nuestro alcance y hacer un uso de ellos que contribuya a lograr nuestros objetivos.

Las tecnologías son ambivalentes puesto que pueden usarse para humanizar o deshumanizar; el reto no es aplicar los conocimientos, sino en qué sentido se manejan.

—*La lucha contra las enfermedades*: la urgencia por encontrar remedios impulsó fuertemente la investigación; se han conseguido resultados espectaculares y habrá más avances en el futuro.

—*Las consecuencias de los cambios*: incidirán en la vida individual y colectiva por lo que debemos reorganizarnos. Ello requiere habilidades tecnológicas.

cas y otros conocimientos, correspondiendo a las humanidades resolver las cuestiones ontológicas y antropológicas de la persona.

El mundo científico debe asumir que ha de atender a los dilemas éticos, morales y jurídicos que plantea el progreso, e informar a los ciudadanos de los efectos de sus logros.

Otras consecuencias son: inadecuación de las competencias, que generará desigualdades; los datos masivos y la inteligencia artificial reducirán el trabajo humano en ciertas tareas; incidencia en la valoración de las ocupaciones; nuevas formas de interactuar y decidir.

Cabe ser optimistas sobre los beneficios de la tecnología, pero el mercado y la lógica de los negocios por sí mismos no aportarán soluciones justas para revalorizar a las personas, que deben ocupar el centro de la sociedad.

GLOBALES:

—*Las nuevas colonizaciones*: no emplean la fuerza, no buscan el bien de los colonizados, sino el poder, el mercado, etc. El primer mundo no puede cerrar los ojos a la pobreza mundial, al cambio climático, a las migraciones, al suicidio demográfico, etc., ya que si los ignora se socavarán las raíces de la civilización.

—*La esfera intelectual*: será clave. Hoy no destaca la presencia de los intelectuales y filósofos que tendrán que cumplir su papel transformador, emanando un pensamiento que facilite la supervivencia ilustrada en una época en la que ninguna visión por sí sola puede entender y valorar la realidad.

—*El marco legislativo*: su adaptación a la realidad es lento y no responde con agilidad a las necesidades de la sociedad, por lo que debe acompasarse al ritmo del entorno.

Debe preocuparnos una globalización descontrolada, con actuaciones carentes de responsabilidad ética y con crisis de los valores que deben encauzar nuestras conductas. Frente a problemas globales, las respuestas nacionales son insuficientes.

PREDICTIVOS:

Voy a referirme a algunas predicciones relacionadas con la vida, el conocimiento y la tecnología.

Hay un ingente potencial económico y humano al servicio de macroproyectos. Se avanza en la creación de superordenadores basados en el funcionamiento cerebral, en la ingeniería genética y en la existencia de superhom-

bres por estimulación del cerebro; pudiendo pensarse que la ciencia-ficción es una realidad, siendo un sueño cumplido para algunos y una inquietud para otros.

Se especula sobre la repercusión de los avances científicos, pero cuando el futuro se convierte en presente advertimos que los problemas que más nos inquietan son los sociales (la posverdad, el paro, los populismos, los nacionalismos, las migraciones, etc.).

Hay que estar prevenidos ante los falsos gurús que se enriquecen anunciando catástrofes o inmensos avances, ya que nos confunden. Desde la utilización del fuego hemos vivido muchas revoluciones, aunque los sentimientos básicos del ser humano se mantienen: el amor, el miedo y el egoísmo permanecen y conviven con las grandezas más sublimes y las mayores perversiones.

Comento algunas áreas en las que se mueven las predicciones:

—*Las células madre*: existen discrepancias sobre la utilización de las embrionarias y las de adulto, aunque era previsible que algunas promesas no podían cumplirse. Quienes trabajaron en las células madre de adulto lograron que la terapia celular empezara a dar sus primeros pasos.

—*La clonación humana*: se pensaba que no iba a ser posible. Aparecieron empresas biotecnológicas necesitadas de atraer inversiones con vaticinios acientíficos, creando grandes expectativas. Unos alimentaron el debate con alarmas sobre los ejércitos de clones y otros condenaron una aplicación tecnológica contraria a la dignidad de la persona.

—*El genoma humano*: conocimiento lanzado con la promesa de curar las enfermedades genéticas, si bien los progresos en el diagnóstico se han adelantado a las posibilidades terapéuticas. Uno de sus efectos es una eugenesia negativa, al eliminar a quien pueda ser portador o tener predisposición a una enfermedad que no se sabe curar.

—*Las neurociencias*: fruto de la aparición de tecnologías que permiten «ver» el cerebro en acción y conocer su estructura. Se trabaja, por una parte, en el estudio de sus aplicaciones a la salud, en el deterioro cognitivo causado por el envejecimiento, etc. y por otra, en la simulación del funcionamiento del cerebro.

—*La inteligencia artificial*: hay dos expectativas: por un lado, supermáquinas a las que confiar las grandes decisiones; por otro, superhombres en los que potenciar las habilidades humanas a un nivel superior al del ser humano real.

El riesgo es que la máquina trate de conseguir objetivos que no sean los nuestros.

—*El transhumanismo*: trata de mejorar la especie humana en lo físico, emocional y cognitivo —utilizando el progreso de la ciencia— y luchar contra la vejez y la muerte. Pretende un futuro dominado por el placer para hacer posible un mundo sin dolor, unido a un pensamiento extremadamente lúcido, erradicando nuestras emociones primitivas. Exige cuantiosas inversiones y su motor es la posibilidad de lograr grandes beneficios.

La tecnología tiene límites éticos en relación con la manipulación de la naturaleza, pues la persona no es una máquina, ni su cerebro es el de un chimpancé. Pueden implantarse instrumentos en el cerebro de personas para potenciar su funcionamiento y enseñar habilidades para mejorar la calidad de vida en la vejez, pero sin sobrepasar las barreras naturales.

La esencia de lo que nos hace humanos debe orientar las investigaciones sobre lo alcanzable en el futuro. Si somos soma y psique y afirmamos la dignidad de la persona, no debe caerse en la tentación de considerar que somos un complicado robot viviente.

La evolución de nuestra especie no puede dejar de lado a la naturaleza y ser arrastrada por la ingeniería genética y la nanotecnología, para incrementar nuestras capacidades físicas e intelectuales.

—*El poshumanismo*: es un paso más en el diseño de una nueva humanidad, aunque sin decir cómo será, al pretender fabricar una nueva especie, un híbrido de hombre/máquina, dotado de una potente inteligencia. Se aspira a que el hombre viva trescientos años, eliminar la desigualdad genética y producir neuronas artificiales.

Hay instrumentos que están fuera de nosotros y de los que nos servimos: unos actúan en nuestro cuerpo y erradican enfermedades; otros inciden en nuestra esencia genómica; finalmente, algunos pretenden actuar sobre nuestra personalidad, la parte inmaterial y espiritual.

Ciertos investigadores consideran que los humanos somos máquinas y aspiran a construir un cerebro no biológico con conciencia y emociones, casi inmortal. Nos encontramos con una inteligencia artificial poderosa, que puede ser una amenaza al convertir a las personas en mascotas, a suplantarlas, a predecir decisiones y manipular deseos.

Los avances de la ciencia están lejos de replicar al ser humano porque es soma y psique, lo que le hace radicalmente diferente ya que su raíz se encuentra en su dimensión espiritual y si se olvida, nos centraremos solo en el

bienestar físico o emocional, perdiendo nuestra identidad y, consecuentemente, nos deshumanizará.

La sociedad civil debe ser protagonista en la evolución de las cinco áreas a las que me he referido sin dejarlas en manos del albur, de intereses económicos o ideologías que no buscan lo mejor para la humanidad.

Corremos el riesgo de que, deslumbrados por los grandes avances, no veamos cuanto está a nuestro lado y que requiere atención. Ante esto debemos tener presentes todas las circunstancias que concurren y establecer criterios para defender a la persona y evitar su cosificación.

III. Actuación de la sociedad civil

La Sociedad civil debe hacer frente a los déficit y necesidades de una sociedad cambiante, cuyas preocupaciones básicas permanecen.

No es fácil acertar en los pasos a dar, al haber muchos intereses que pueden nublar nuestro discernimiento. Debemos construir el futuro en función de las personas, no de la economía, ni de la ciencia. Si lo hacemos mal, tendremos el reproche de las próximas generaciones.

¿Qué tarea nos corresponde en nuestro entorno? Hemos de protagonizar los temas sociales. La tecnología nos da poder, pero no enseña a utilizarlo; el mercado nos da opciones, pero no enseña a elegir; la democracia nos da libertad, pero no enseña a decidir.

Ante ello la sociedad civil tiene que aportar criterios, liderando el proceso con ideas y valores que iluminen la realidad social. No puede limitarse a ser «activista en proyectos concretos», sino ser generadora de pensamiento y de solidaridad. Igualmente debe atajar las causas de los problemas, no limitándose a remediar sus consecuencias.

He seleccionado cinco ítems que deben orientar nuestra actuación: bien común, idea de progreso, actuación ética, defensa de los derechos humanos y desarrollo cultural.

1. Bien común

La sociedad civil se legitima por orientarse al bien común y por la fuerza de sus principios: altruismo, voluntariedad, carencia de ánimo de lucro y valores. Dado que los conflictos de intereses no son habituales en su seno, le resulta más fácil alcanzar sus metas.

El bien común busca el bien de la comunidad, que es complejo y debe tener presente que la persona es soma y psique, no atendiendo exclusivamente a lo material y armonizar la libertad y la justicia.

Al aplicar la subsidiaridad se reconoce la dignidad de la persona, unida a su solidaridad para no derivar al individualismo, aunque si la solidaridad es extrema conduce a la socialización absoluta.

2. *Idea de progreso*

Todos queremos progresar. Cabe preguntar ¿Qué es el progreso? Las respuestas no son unánimes.

Las ideologías influyen en el modo de valorar el presente y concebir el futuro. En un mundo poliédrico concurren numerosas variables y, por eso, solo una visión integral de la sociedad nos permitirá manejarlas. A veces nos deslumbra la sonda que enviamos a un planeta y no vemos que en nuestro entorno existe desnutrición. La omnipresencia de la política impide una visión ponderada de la realidad.

Progresamos cuando atendemos a lo importante, no a cuanto el mercado nos ofrece. La tecnología centra nuestra atención y olvidamos las cuestiones sociales porque no queremos enfrentarnos a situaciones lacerantes a las que hay que buscar solución.

El modo de medir el progreso no es solo el PIB, pues ello supondría asumir que el bienestar social se limita a lo económico. El índice del progreso debe incluir: actuación ética, nivel de educación, esperanza de vida, protección social, atención sanitaria, igualdad, libertad de expresión, arraigo de la democracia, respeto de los derechos, etc.

Enuncio algunos campos en los que si no acertamos se producirá un retroceso social:

— *Defensa de la dignidad de la persona*: el primer objetivo es reconocerla y respetarla, pues ello contribuye a superar los conflictos.

— *Desarrollo de la persona*: promoviendo su autenticidad y pensamiento crítico, cultivando aquéllo que nos hace únicos y dotados de una libertad intelectual que nos distingue y nos responsabiliza; fortaleciendo su solidaridad que se traduce en dar y darse.

— *Disminución de las desigualdades* y potenciación de los derechos.

— *Erradicación de las identidades artificiales* que segregan y nos enfrentan.

—*Desarrollo social, económico y medioambiental* equilibrado.

—*Evaluación ecuaníme de los avances técnicos* que a veces son una ilusión efímera.

—*Mejora de las relaciones humanas*, denunciando las vulneraciones de la libertad, la justicia y la paz.

3. *Actuación ética*

La gestión de los objetivos tiene que ir acompañada de una ética que oriente la conducta de los actores, fundada en la razón conforme a la naturaleza de las cosas. Si la moral es un conjunto de normas de comportamiento admitidas por la sociedad e interrelacionadas con la ley, la ética reflexiona sobre la actuación de las personas y de las sociedades y aporta una visión crítica sobre la moral y las leyes.

La ética siempre se ha aplicado a las personas y progresivamente se extendió a las actividades colectivas, al surgir problemas que necesitan soluciones en los ámbitos individual y global, por lo que la ética se incorporó al debate de las cuestiones que requieren un análisis pluridisciplinar.

Ahora hablamos de éticas aplicadas referidas a cuestiones de la vida privada y pública, estudiando acciones morales como: corrupción, contaminación, discriminación, violencia, etc., proponiendo recomendaciones para la acción. Entre las éticas aplicadas están: bioética, genética, ecoética, infoética, la profesional, del deporte, del consumo, etc.

Hoy estas éticas forman parte del saber práctico de la sociedad. El saber teórico pretende «conocer», el saber técnico «hacer», y el saber práctico «obrar» en la vida personal y colectiva, orientando el comportamiento humano sobre las opciones.

Las sociedades necesitan de este saber multidisciplinar para abordar sus problemas con conciencia moral. El esfuerzo individual no es suficiente para construir sociedades justas, es necesaria una ética de las organizaciones y planetaria que oriente las relaciones sociales.

4. *Defensa de los derechos humanos*

Hemos de trabajar para que los derechos inviolables de la persona se plasmen en la legislación y se hagan realidad. Las normas deben estar inspiradas en valores como la justicia, la igualdad, la libertad y el pluralismo político.

El derecho no puede ser un mundo cerrado sino un producto cultural impregnado por la moral y los principios, respetuoso con los derechos y deberes humanos plasmados en los tratados internacionales.

El reto es desarrollarlo en una sociedad «líquida» en la que el poder es multicéntrico; los Estados han perdido el monopolio de la legislación y surgen normas supraestatales, en un entorno en el que la democracia tradicional parece ceder ante la plebiscitaria (encuestas, redes sociales, etc.).

Todo esto hay que ordenarlo, si bien los gobiernos suelen mirar más al presente que al futuro y hay normativa que debe actualizarse. Hemos de impulsar una visión del derecho que tenga presentes los principios, la realidad social y la experiencia de vida, para que coadyuve a la transformación social. Al derecho nada le es ajeno y debe participar en la construcción de un proyecto intelectual y espiritual con ideas y valores.

La sociedad civil debe estar vigilante para que la legislación que afecte a los derechos humanos facilite realmente su disfrute. Le corresponde impulsar normas que contribuyan a caminar hacia la justicia, la libertad y la paz, en un mundo en el que las fronteras no sean barreras de exclusión y cuente con ciudadanos socialmente responsables.

5. *Desarrollo cultural*

Acometer un proyecto, individual o colectivo, requiere capacidad intelectual, que se logra con la educación y la formación, que nos aportan un acervo cultural que nos permite discernir y adoptar decisiones acertadas, no ser manipulados y ser libres. La formación debe generar personas cultas; no crear profesionales «competentes» pero incultos. Realidad demasiado frecuente hoy en día.

La cultura nos salva del naufragio vital y de la superficialidad; potencia la racionalidad; evita que los interrogantes humanos se resuelvan en el ámbito de la subjetividad; contribuye a la autonomía de la persona; a progresar intelectual, moral y cívicamente; a buscar y respetar la verdad; a descubrir el poder de la palabra, la razón, la crítica y el diálogo; a rebelarnos contra quienes falsean la verdad, mutilan la libertad y crean los caldos de cultivo del fundamentalismo.

Nadie cuestiona la necesidad de una formación sólida, aunque existen criterios dispares sobre su contenido, como lo prueba el divorcio entre ciencias y humanidades. Las ciencias buscan la verdad material por procedimientos científicos; las humanidades ayudan a entender aquello que no está

sometido a las leyes físicas, cómo son las personas, sus reacciones y sentimientos a los que no son aplicables las evidencias de la ciencia.

Las humanidades nos enseñan a vivir, al aportarnos la razón y el diálogo; a interrogarnos sobre el origen y destino del ser humano; a conocernos mejor; a profundizar sobre la trascendencia y la espiritualidad y a construir el camino hacia la verdad.

Si científicos y humanistas no interactúan estaremos desorientados pues solo un conocimiento integral permite entender los problemas de la humanidad, por eso hay que buscar un equilibrio entre las ciencias y la filosofía (según Aristóteles, es la ciencia de los primeros principios y de las causas últimas de las cosas) para lograr el conocimiento y la sabiduría inspirados por el humanismo.

La formación está en el epicentro del progreso y su objetivo debe ser desarrollar personas para que construyan una sociedad mejor. La familia, los centros docentes y la sociedad civil son responsables de ello.

No se estudia solo para desempeñar un trabajo concreto, que puede desaparecer. Se trata de acrecentar las facultades intelectuales y las morales, los principios del «saber ser» y los conocimientos para el «saber hacer» (la paideia y la filantropía griegas). La persona solo dedica un 8% de su existencia al trabajo y debe prepararse para toda su vida.

IV. Futuro de la sociedad civil

Su futuro depende de las entidades que la componen, si bien hay factores que condicionan su labor. Las necesidades sociales se modifican y la sociedad civil debe ser el motor del cambio.

Las personas evolucionamos lentamente, pero nuestro entorno lo hace a mayor ritmo, por ello las entidades solidarias tienen que superar el conservadurismo y no quedarse ancladas en el pasado. A la sociedad civil nada de cuanto afecte a la persona le es ajeno y por ello debe ver lo que otros no ven y gestionar la globalidad.

Acertará si coloca a la persona en el centro de la sociedad, contribuye a su desarrollo y la prepara para decir «no» cuando procede, protegiéndola así de las manipulaciones que conducen al vacío intelectual, a la pobreza espiritual y a la pérdida de libertad. Ante estos retos, es preciso que las personas tengan sabiduría para desenvolverse en la universalidad.

Debemos reflexionar sobre las mejoras que se necesitan a medio y largo plazo en educación, economía, inmigración, vida familiar, fiscalidad, investigación, modelos de participación democrática, etc. Hay que responder ante las nuevas opciones vitales, con el análisis profundo de la realidad y pensar en grande, incorporando a los jóvenes a estos objetivos.

Para que los cambios sean justos deben lograr una prosperidad inclusiva que no descarte a nadie, no genere desigualdades aberrantes y promueva las libertades. Ello requiere un diálogo entre líderes políticos, económicos, representantes de los trabajadores, sociedad civil y pensadores de distintas disciplinas, para buscar consensos en torno a las cuestiones fundamentales.

La sociedad civil ha de potenciar la responsabilidad de los ciudadanos sobre la «res publica», ya que no es suficiente trabajar honradamente y pagar impuestos, pues debemos ocuparnos de los problemas sociales e incorporar a las acciones colectivas al mayor número de personas, descartando la indiferencia y generando apego al bien común. Si hay más sociedad civil, habrá más democracia y más desarrollo.

Según el artículo 29.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: «Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad».

El futuro de la sociedad civil es esperanzador. La sociedad civil tiene un mayor protagonismo cuando la ciudadanía es más culta, toma conciencia de su destino y es más participativa. Quienes se preocupan del bien común gozan de mayor credibilidad que quienes buscan el poder o el máximo beneficio; si sabemos a dónde queremos ir, nos proponemos llegar y perseveramos, alcanzaremos nuestros objetivos.

Para hacer frente a estos retos debe mejorar su gestión y llegar a alianzas con el Estado y las empresas en las áreas en las que hay intereses comunes. La forma en la que se relacionen el Estado, la empresa y la sociedad civil contribuirá a la gobernabilidad o, por el contrario, generará anarquía, corporativismos, populismos, etc.

1. *Colaboración con el Estado*

La sociedad civil debe contribuir a que los sectores social, económico y político unan sus fuerzas, pues separados tendrán dificultades para construir una sociedad más justa, meta nada fácil si interfieren ideologías excluyentes.

En ocasiones no es sencilla la coordinación con el Estado cuando trata de restar protagonismo a la sociedad civil por temor a que muestre las debi-

lidades estructurales y democráticas del país, a pesar de que la necesita al incrementarse los requerimientos de los ciudadanos a mayor ritmo que su capacidad de respuesta.

La colaboración con el Estado es posible cuando éste asume que su responsabilidad es garantizar los derechos, pero no ser el gestor de todos los servicios. El Estado debe ser eficaz pero no invasivo, garantizar la libertad, la igualdad de oportunidades, la educación y el respeto a la ley.

Salvo en defensa, justicia, relaciones exteriores y orden público, debe facilitar la participación ciudadana en aplicación del principio de subsidiaridad. La corresponsabilidad entre la sociedad civil y Estado propicia el diálogo, la comprensión y la mejora de la sociedad.

2. *Colaboración con las empresas*

En donde la sociedad civil tiene más posibilidades de establecer alianzas es con las empresas, que son las organizaciones que generan más riqueza y empleo. Si su actuación es ética, la sociedad será mejor.

Me refiero a empresas con vocación de permanencia y cuyo fin es su propia existencia como comunidad de personas que, por satisfacer necesidades, tienen carácter social. La empresa coordina la acción de personas con aspiraciones diferentes, algo compatible con contribuir al bien común, uno de los puntos de encuentro con la sociedad civil.

Antes las empresas podían ser mediocres, pero ahora no, pues pelagra su existencia. Es por eso por lo que deben desarrollar a las personas que las integran, fomentar la creatividad, desarrollar talentos, aplicar el principio de subsidiaridad y ser socialmente responsables. Objetivos que convergen con los de la sociedad civil.

Las empresas no pueden pretender ganar dinero a toda costa pues deben respetar los derechos humanos y contribuir a la sostenibilidad y al progreso. Si quieren perdurar en el mercado deben crear puestos de trabajo y ser agentes de desarrollo e innovación.

Para ello han de autorregularse éticamente, dialogar, contar con estrategias acertadas y lograr el equilibrio entre los intereses generales, empresariales y sociales. Si no lo consiguen se producirán conflictos y deterioro económico.

La empresa no puede permanecer ajena a su entorno y no contribuir al bien común y a la distribución justa de la riqueza generada. La actividad empresarial es parte de la solución de los problemas sociales, para lo que su mejor aliado es la sociedad civil.

La gestión interna de las empresas que respetan la ética es similar a la de las entidades solidarias. Ello posibilita intercambiar experiencias y desarrollar proyectos conjuntos donde la empresa aporte experiencia, organización y capacidad económica, y la sociedad civil principios, orientación solidaria y ser un cauce para las iniciativas sociales de las empresas.

3. *Mejora de las entidades solidarias*

Los objetivos de la sociedad civil no se limitan a trabajar por el bien común ya que para conseguirlo debe ser eficaz y estar bien organizada, tener claro a dónde va, potenciar su identidad y sus fines, y buscar los objetivos de la comunidad y no los suyos propios.

Las entidades que la integran, además de cumplir sus fines sociales, deben aportar solidaridad a la sociedad, ser fuertes y ágiles, pues de lo contrario fracasarán y desprestigiarán al sector.

Cada fundación o asociación ha de adaptarse al entorno; profesionalizar su organización; colaborar en iniciativas internacionales; informar de su gestión; establecer alianzas; participar en asociaciones que les agrupen y representen, etc.

Las entidades solidarias deben coordinarse entre sí y, además de desarrollar actividades concretas, formular propuestas colectivas ambiciosas ante los principales problemas de la sociedad (derechos humanos, educación, sanidad, migraciones, etc.).

El incremento permanente del número de estas entidades, que son espacios de solidaridad, reflexión y crítica, contribuye a detectar los desafíos, a involucrarse en proyectos a largo plazo y a fomentar el voluntariado. Hoy las redes sociales facilitan su contacto con la sociedad.

De este modo serán agentes de la justicia en un mundo globalizado, concitando metas comunes, desarrollando a las personas y mejorando la sociedad. Las fundaciones y asociaciones han de ser un modelo de ejemplaridad en sociedades necesitadas de referentes morales y ser pioneras, abriendo nuevos espacios con generosidad.

En su organización interna deben atender a: evaluación de su eficiencia y resultados; rendición de cuentas; reducción de costes de gestión; fortalecimiento de valores como la ética, la confianza y la transparencia; constitución de órganos de gobierno comprometidos, etc. Su financiación debe ser preferentemente privada para no depender de ayudas públicas, garantizando a los donantes que la entidad administra bien y transmite una información veraz.

V. Resumen

La sociedad civil está llamada a ejercer un liderazgo social que depende de nosotros. Para alcanzarlo es necesario conocer las necesidades reales, transformar la sociedad con propuestas ambiciosas, erradicar las causas de los problemas, actuar con ética, ser eficaces e impulsar una normativa que respete los derechos de la persona.

El progreso social está vinculado a una sociedad civil potente que contribuya a su evolución y a la justicia. Para conseguirlo las fundaciones y asociaciones son imprescindibles, ya que colaboran con el Estado y satisfacen las necesidades de la ciudadanía que ni éste ni las empresas pueden resolver.

Los ciudadanos deben percibir lo que realizan las entidades solidarias, pues solo colaborarán con fines de interés general si se sienten parte de un proyecto.

La sociedad civil es más necesaria en un mundo en transformación y con nuevos problemas que exigen una agilidad en las respuestas que no ofrecen otros actores. Debe mirar al futuro y adelantarse a los cambios. Su éxito se fundamenta en sus valores, en el esfuerzo generoso, en la solidaridad y en la ilusión de muchas personas que aportan respuestas y esperanza a la sociedad.

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS



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.

Las fundaciones en Asturias

Alejandro Huergo Lora

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Javier García Luengo

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CAMBIOS NORMATIVOS: LA REORGANIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES.—III. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA: 1. Régimen aplicable a las fundaciones del sector público en materia de personal. Obligación de convocar las plazas de personal (laboral) que no sean amortizadas. Aplicación de la figura del «indefinido no fijo». 2. La obligación asumida por una caja de ahorros de constituir prenda sobre las acciones que recibió a cambio de la cesión de su negocio bancario, debe ser cumplida por la fundación en que se transformó dicha caja. 3. Impugnación del contrato para la gestión de un centro de acogida de animales, adjudicado a una fundación.—IV. PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES.

I. Introducción

Tampoco este año se ha aprobado normativa autonómica en materia de fundaciones. Las escasas normas se refieren bien a la aprobación de programas de subvenciones que pueden afectar a algunas fundaciones (o a la concesión directa de subvenciones nominativas), que carecen de interés general, o a la reorganización de los registros de fundaciones reflejo de la nueva organización de las Consejerías tras las elecciones autonómicas.

El año de referencia tampoco ha sido —a diferencia de otros en los que pudimos referir fallos interesantes que, en ocasiones, transcendían en su interés el ámbito del Principado de Asturias—, propicio en cuanto a las Sentencias que tratan problemáticas relativas al Derecho de fundaciones en el ámbito del Principado de Asturias o en relación con las fundaciones aquí domiciliadas. Con todo, se comentan a continuación algunos fallos dignos de mención.

En la práctica administrativa de los registros de fundaciones destaca la inscripción de la extinción y la cancelación de todos los asientos de la «Fun-

dación para el Progreso del *Soft Computing*», con lo que se constata la triste desaparición, decidida ya en noviembre de 2015, de una fundación destinada a la investigación en un campo puntero del desarrollo tecnológico que no tuvo el necesario apoyo entre el sector privado lo que evitó su acceso al Registro de Centros Tecnológicos y Centros de Apoyo a la Innovación Tecnológica (por incumplir el requisito de participación empresarial), lo que, a su vez, lastraba sus posibilidades de financiación.

Como hemos destacado casi desde el inicio de estas crónicas en el *Anuario de Derecho de Fundaciones*, se observa en la práctica un uso frecuente de la fundación, no como «patrimonio destinado a un fin», sino como un tipo más de persona jurídica, que se utiliza como personificación instrumental de las Administraciones Públicas. De hecho, buena parte de las decisiones judiciales que se comentan se refieren precisamente a asuntos relacionados con esta clase de fundaciones, y, en particular, a cuestiones de empleo público.

II. Cambios normativos: la reorganización de los registros de fundaciones

Con motivo de la formación de nuevo Gobierno en el Principado de Asturias tras las elecciones autonómicas del 26 de mayo de 2019 se han reorganizado las Consejerías y, como consecuencia de esa nueva configuración, los Registros de fundaciones tienen también una nueva dependencia organizativa.

El Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias ha pasado a depender de la Consejería de Cultura, Política Llingüística y Turismo, en la que se integra a través de su Secretaría General Técnica, y, más concretamente, de su Servicio de Asuntos Generales y Apoyo Técnico, que es el órgano encargado de la llevanza del citado Registro y de la coordinación de las funciones de protectorado de fundaciones que competen a la Consejería en relación con las fundaciones docentes y culturales de interés general (art. 3 del Decreto 86/2019, de 30 de agosto, que establece la estructura orgánica de la Consejería de Cultura, Política Llingüística y Turismo).

Por otro lado, las fundaciones asistenciales de interés general dependen de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar, a través, también, de la Secretaría General Técnica que tiene entre sus competencias la de «asesoramiento, estudio y coordinación de las funciones de protectorado de fundaciones asistenciales de interés general y la llevanza del Registro de Fundaciones»

[art. 2.2.f) del Decreto 84/2019, de 30 de agosto, que establece la estructura orgánica de la Consejería de Derechos Sociales y Bienestar].

III. Jurisprudencia y doctrina administrativa

1. *Régimen aplicable a las fundaciones del sector público en materia de personal. Obligación de convocar las plazas de personal (laboral) que no sean amortizadas. Aplicación de la figura del «indefinido no fijo»*

En entregas anteriores de esta crónica se ha hecho referencia a la fundación FASAD («Fundación Asturiana de Atención y Protección a Personas con Discapacidades y/o Dependencias»), que es una fundación del sector público, medio propio de la Administración del Principado de Asturias. En el período de tiempo cubierto por esta crónica se han dictado algunas sentencias de la jurisdicción social que contribuyen a aclarar el régimen jurídico que le es aplicable en materia de personal, y que creemos que pueden tener interés general.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sección 1.ª) número 758/2018, de 12 de julio (recurso de casación 82/2017) pone punto final al pleito iniciado por un sindicato que interesaba que se convocara el procedimiento selectivo para cubrir mediante personal indefinido seis plazas de un piso tutelado, que estaban ocupadas por personal temporal. Por tanto, con el pleito no se pretendía tutelar a las concretas trabajadoras temporales que ocupaban los puestos de trabajo, sino que éstos fuesen ocupados por trabajadores con contrato indefinido. Según se informa en la sentencia, la fundación FASAD tiene una plantilla de unas 220 personas, de las que 100 disponían en esa fecha de contrato indefinido.

La sentencia parte de la base de que la fundación FASAD forma parte del sector público autonómico al haber sido creada por la Administración autonómica, que es también quien la dirige. Sin embargo, al ser, por su forma de personificación (fundacional), una entidad de Derecho privado, no está incluida en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), tal como es definido en su artículo 2, puesto que dicho artículo sólo incluye a antes de Derecho público:

«Por lo que respecta al EBEP, su artículo 2 establece la delimitación de lo que hay que entender por sector público o, dicho de otra forma, de lo que hay que entender como sector público sujeto a las previsiones del propio EBEP. Al efecto, hay que tener en cuenta que la entidad demandada es una Fundación perteneciente al sector público autonómico. En sus

estatutos se especifica que tiene la consideración de un medio propio de la Administración del Principado de Asturias que tiene por objeto la atención integral de personas con discapacidad. Ahora bien, tal como se desprende del análisis conjunto del mencionado precepto del EBEP y de su Disposición Adicional Primera, no todas las entidades del sector público estatal, autonómico y local, están incluidas en el ámbito definido por el artículo 2.1.d) como “[l]os organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”. Quiere ello decir que existen entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no están incluidas en el artículo 2 del EBEP para las que la DA 1.ª de dicho Estatuto proclama que les resultarán de aplicación los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP, relativos a los deberes de los empleados públicos y, especialmente, los vinculados al acceso al empleo».

Esa aplicación de principios del TREBEP se concreta, en este caso, en los de «igualdad, mérito y capacidad». A partir de aquí, la sentencia acude al convenio aplicable, que es un convenio sectorial («Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad»), que rige por igual para centros de titularidad pública y privada. El convenio establece la libertad de amortización de las plazas vacantes y la aplicación en los procedimientos de selección de pruebas objetivas de mérito y capacidad, lo que encaja perfectamente con los principios del EBEP. La fundación FASAD sólo tiene la posibilidad de optar por la incorporación de personal temporal en los términos que se prevén en el Derecho laboral común, y el resultado práctico es la estimación de la demanda:

«De la redacción del precepto transcrito queda claro, por un lado, que las plazas vacantes que no se amorticen deberán ser convocadas; y, por otro, que la selección de los candidatos deberá hacerse ajustándose a criterios y pruebas objetivas de mérito y capacidad, a las que en el caso de entes que forman parte del sector público, les resultan, también, de aplicación el resto de principios que derivan del EBEP. Tal como razonó la sentencia de instancia y el estudiado informe del Ministerio Fiscal no existe posibilidad legal o convencional de desatender la exigencia de convocatoria manteniendo las plazas cubiertas interinamente, lo que sólo sería posible mientras se procediese a la selección derivada de la convocatoria».

Parece deducirse que, si el FASAD fuera una entidad de Derecho público, tendría más posibilidades de recurrir a relaciones de empleo de carácter temporal.

En esa misma línea de aclarar la posición de la fundación FASAD en materia de empleo, a medio camino entre el Derecho administrativo y el laboral, y todo ello en relación con la estabilidad laboral, es interesante el auto, también de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2019, por el que se declara inadmisibile el recurso de casación para unificación de doctrina 4135/2018. En esta ocasión el pleito lo habían iniciado varias trabajadoras temporales para que se declarara que se había producido abuso en la contratación temporal. La Sala de lo Social del TSJ de Asturias estimó la demanda y reconoció que se había producido la referida utilización abusiva de la contratación temporal, pero, como siempre sucede con las Administraciones Públicas, declaró que las trabajadoras demandantes quedaban en la condición de «indefinido no fijo». Las demandantes interpusieron recurso de casación para unificación de doctrina argumentando que, como el FASAD no es una entidad de Derecho público, sino privado (aunque perteneciente al sector público autonómico), deberían ser declaradas trabajadoras fijas de plantilla. El Tribunal Supremo rechaza ese planteamiento y declara inadmisibile el recurso de casación. La Sala de lo Social del TS interpreta el TREBEP (como en la anterior sentencia), apuntando a una distinción entre entes del sector público que se mueven en el mercado y aquellos otros que, como el FASAD, dependen financieramente de los presupuestos públicos, quedando sometidos a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo, con la consecuencia de que no es posible el acceso al empleo público al margen de procedimientos públicos de selección, de modo que el posible abuso de la contratación temporal tiene como consecuencia la adquisición de la condición de indefinido no fijo, no la de trabajador fijo. El auto que se comenta concluye, a partir de aquí, que no concurre la identidad de supuestos que es necesaria para la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina. El siguiente pasaje contiene la argumentación relevante, y comienza reflejando la doctrina de la sentencia invocada como sentencia de contraste (sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 26 de septiembre de 2017, recurso de suplicación 1574/2017):

«Sostiene [la sentencia de contraste] que los trabajadores del sector público administrativo son indefinidos no fijos y los del sector público empresarial pertenecientes a las empresas bajo la forma de sociedades cuyo capital es público son indefinidos fijos. La construcción del indefinido no fijo es inaplicable a las sociedades anónimas, aunque pertenezcan al sector público, al no estar obligadas a cumplir con los principios constitucionales del acceso a la función pública a que se contrae el mandato del artículo 103.3 CE. En el caso, la empresa demandada es una empresa bajo la forma de sociedad mercantil anónima cuyo capital social es de titularidad

pública y por tanto encuadrada dentro del sector público empresarial no subsumible en un concepto amplio de Administración a la hora de definir las normas que presiden el acceso a sus empleos. No es una sociedad pública empresarial sino una sociedad mercantil estatal a la que no son aplicables las normas del estatuto básico del empleo público.

De la comparación efectuada se desprende que no concurre la contradicción entre las sentencias comparadas. En particular, es distinta la naturaleza jurídica de las empleadoras demandadas. Ahora bien, en la sentencia de contraste se trata de una sociedad mercantil anónima cuyo capital es de titularidad íntegramente pública. Y en la ley autonómica que autorizó su creación se prevé que la sociedad se registrará por el ordenamiento jurídico privado, salvo en determinadas materias. No existe en este caso normativa específica que obligue a la contratación con arreglo a los principios constitucionales para el acceso a la función pública.

Mientras que en el supuesto de autos se trata de una Fundación del sector público autonómico, con convenio colectivo propio. Por otra parte, existe sentencia de la Sala de Asturias, confirmada por esta Sala IV, que se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de Fasad y en las que se concluye que, dependiendo la fundación presupuestariamente de la administración autonómica, es claro que queda incluida en el ámbito de aplicación del EBEP. Dato este último inédito en la sentencia de contraste.

Frente a todo lo cual, las alegaciones que lleva a cabo la parte recurrente en el trámite al efecto conferido, pertenecen más bien al ámbito del debate de fondo sobre la cuestión controvertida, que al del presente recurso, no alterando las precedentes consideraciones sobre la falta de identidad que es presupuesto de viabilidad del recurso de casación unificadora. Por otra parte, el error material que la parte recurrente alega se contiene en la sentencia recurrida, relativo al convenio aplicable, no fue denunciado en las instancias previas, debiendo esta estar al relato fáctico contenido en la resolución impugnada».

Estas dos resoluciones revisten interés porque muestran cómo la interpretación de normas centrales del Derecho Administrativo, como el TREBEP, o de la noción de sector público, se produce también en la jurisdicción social. Además, este último auto apunta una distinción, dentro del sector público, entre entes que operan en el mercado y otros que dependen de los presupuestos públicos, que, aunque está recogida en la legislación de contratos públicos (los segundos son poderes adjudicadores, los primeros no, dicho sea en trazo grueso) y en la normativa europea de contabilidad pública (SEC 2010), no está presente en el TREBEP y, sin embargo, se utiliza, al menos de

forma indiciaria o insinuada, para definir el ámbito de aplicación de la figura del indefinido no fijo.

2. *La obligación asumida por una caja de ahorros de constituir prenda sobre las acciones que recibió a cambio de la cesión de su negocio bancario, debe ser cumplida por la fundación en que se transformó dicha caja*

Como se recordará, la primera caja de ahorros en ser intervenida durante la pasada crisis financiera fue la Caja de Castilla-La Mancha (CCM), en marzo de 2009. En noviembre de ese mismo año, el Banco de España autorizó la integración de CCM en otra caja de ahorros (Cajastur, hoy integrada en Liberbank), a través de una fórmula entonces novedosa y que no estaba prevista legalmente. En efecto, CCM traspasó su negocio bancario a un banco propiedad de Cajastur (Banco Liberta), recibiendo a cambio el 25% de las acciones del mismo. De ese modo, CCM dejaba de ser una entidad de crédito, aunque legalmente seguía siendo una caja de ahorros y por tanto, con arreglo a la legislación vigente, entidad de crédito. Posteriormente se modificó la legislación para que las cajas de ahorro no sólo pudieran traspasar su negocio bancario a un banco, sino que, si dejaban de controlar a éste, perdieran la condición jurídica de cajas de ahorro y se convirtieran en fundaciones bancarias.

Precisamente el problema planteado en la sentencia que se comenta (que se relaciona con Asturias porque el demandante es Liberbank, aunque el tribunal que decide es de Castilla-La Mancha) se refiere a un importante fleco de esa operación. En los protocolos que se firmaron entre CCM y Cajastur, la primera se comprometió a pignorar en favor de la segunda ese paquete accionario que recibió a cambio de su negocio bancario. La prenda se constituía para que CCM pudiera responder de los pasivos ocultos que afectasen a su negocio bancario, y que se pusieran de manifiesto con el tiempo. Como esa prenda no fue constituida antes de la transformación de CCM en fundación bancaria, Liberbank interpuso demanda contra la fundación en 2015. Ese pleito ha sido resuelto, en fase de apelación, por la sentencia 373/2018 de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.^a), de 20 de diciembre de 2018 (recurso de apelación 588/2017).

La fundación demandada alegaba que, con arreglo al artículo 21.1 de la Ley de Fundaciones «[l]a enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán

la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada». Por tanto, no podría ser condenada a constituir prenda sobre activos de su dotación fundacional, sin autorización del Protectorado.

La sentencia hace un repaso de los distintos acuerdos que fueron suscritos entre CCM y Cajastur (autorizados por el propio Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha). Esos acuerdos se celebraron antes de la transformación de la CCM en fundación, y en ellos se contemplaba, como «negocio jurídico complejo e inescindible» tanto la propia transformación como la constitución del derecho de prenda. Por ello, la sentencia concluye que el artículo 21 de la Ley de Fundaciones «no impide la constitución de la prenda en los términos solicitados, por cuanto la existencia de causa justificada concurre (los acuerdos alcanzados)». Más adelante añade, sobre el motivo del recurso de apelación en que se denunciaba la vulneración del artículo 21:

«A juicio de la Sala, la infracción alegada tampoco puede ser estimada en tanto en cuanto CCM, asumió la obligación de constituir la prenda, tras la segregación de su negocio bancario a favor de Banco Liberta [el nombre del banco privado, propiedad de Cajastur, al que fue cedido íntegramente el negocio bancario de CCM].

Tras la segregación se produjo la transformación de CCM en Fundación asumiendo ésta las obligaciones de CCM.

Las acciones sobre las que debe constituirse la prenda forman parte de la dotación de la Fundación, sin perjuicio de que dicho gravamen exigiría la autorización del Protectorado, salvo justa causa o causa legal como la que nos ocupa».

La verdad es que la fundamentación de la sentencia se antoja un tanto atropellada. En supuestos como éste, en los que el objeto del contrato está supeditado a una autorización administrativa, lo normal es que las partes lo celebren y su eficacia quede condicionada a la obtención de la autorización. Es algo que sucede continuamente con las operaciones que deben ser autorizadas por las autoridades de competencia. Sin embargo, no es eso lo que sucede en este caso, porque la sentencia condena a la demandada a constituir el derecho de prenda, sin necesidad de pronunciamiento del Protectorado. No queda clara del todo la razón. No se sabe si es porque la obligación de constituir el derecho de prenda fue asumida por otra entidad no sometida a la Ley de Fundaciones (la extinta CCM), antes de la constitución de la fundación, de modo que el activo sobre el que iba a recaer la prenda (el 25% de acciones de Banco Liberta), ya fue aportado como patrimonio fundacional *con el compromi-*

so de constituer sobre él un derecho de prenda, lo que podría justificar la inaplicación del 21 de la Ley de Fundaciones. Sería un argumento plausible, aunque no se desarrolla. Tampoco se desarrolla, aunque se apunta, el argumento de que el Consejo de Gobierno autonómico (órgano superior, lógicamente, al que ejerce el protectorado), había autorizado expresamente la operación en su conjunto (incluyendo la obligación de constituir el derecho de prenda).

La sentencia utiliza también una línea argumental que me parece más cuestionable, cuando dice que no se ha vulnerado el artículo 21 de la Ley de Fundaciones porque concurre «justa causa o causa legal», que sería el cumplimiento de los acuerdos firmados entre ambas entidades. Y ello porque esa «justa causa» es el criterio que debe tener en cuenta el Protectorado para otorgar la autorización, mientras que aquí se utiliza por el órgano judicial para decidir que no era necesaria la intervención del Protectorado, que son cosas totalmente distintas. Además, el hecho de que la obligación de constituir la prenda se haya incluido en un contrato no significa que deba ser aprobada, puesto que, como hemos visto, los contratos que incluyen ese tipo de compromisos sujetos a autorización administrativa, son contratos sometidos a condición, sin que el órgano competente para otorgarla esté obligado a hacerlo.

Seguramente la solución final sea acertada, aunque, como se ha dicho más arriba, la argumentación resulta algo atropellada.

3. *Impugnación del contrato para la gestión de un centro de acogida de animales, adjudicado a una fundación*

El pasado 20 de junio de 2019 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) resolvió dos recursos contra la resolución por la que el Ayuntamiento de Gijón adjudicó el contrato de «Servicio de gestión del centro de depósito de animales del Ayuntamiento de Gijón en Serín», licitación en la que concurrieron tres entidades del Tercer Sector: dos fundaciones (una de ellas en UTE con una mercantil privada) y una sociedad cooperativa.

El TACRC desestimó, en su resolución 657/2019, el recurso 363/2019 presentado por la UTE formada por la Fundación Sociedad Protectora de Animales del Principado de Asturias y un centro privado veterinario al estimar que:

- Las consideraciones sobre la gestión de un contratista en un contrato anterior no pueden en modo alguno condicionar la valoración de su oferta actual. En palabras del TACRC: «*Todo lo que se refiera a la puesta en cuestión de la adjudicación, no por lo ofertado en la licitación objeto de*

examen por el adjudicatario, sino por su desempeño en un contrato distinto y anterior, ha de ser rechazado de plano».

- Las alegaciones sobre una posible ilegalidad de los pliegos no se pueden hacer valer en el momento de la adjudicación cuando el licitador se presentó y aceptó los pliegos. Lo correcto habría sido impugnar los pliegos al detectar la irregularidad.
- En la valoración de los criterios para la adjudicación que dependen de juicios de valor rige la denominada «discrecionalidad técnica de la Administración» de forma que el Tribunal Administrativo debe limitar su análisis a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla.

Se trata de tres afirmaciones clásicas en la jurisprudencia y la práctica de los órganos administrativos de resolución de recursos contractuales, que deben ser consideradas por cualquier fundación o, en general, cualquier licitador que pretenda plantear una impugnación, antes de diseñar su estrategia.

En el recurso 364/2019, resuelto el mismo 20 de junio por la resolución 658/2019, el TACRC inadmite el recurso presentado por una sociedad cooperativa contra la citada adjudicación, argumentando que al haber quedado colocado el recurrente en tercer lugar en la licitación, y no discutir la puntuación del segundo (la UTE reseñada en la que participaba la Fundación Sociedad Protectora de Animales del Principado de Asturias), no estaba objetivamente legitimado para discutir una adjudicación de la que no podría beneficiarse personalmente.

Esta doctrina, igualmente muy frecuente, también debe tenerse en cuenta por todos los entes del Tercer Sector que concurren a licitaciones, a pesar de que nos parezca particularmente restrictiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

IV. Práctica administrativa de los registros de fundaciones

En la actividad de los registros de fundaciones del Principado de Asturias desde nuestra última crónica podemos destacar los siguientes actos:

En el Registro de Fundaciones Docente y Culturales de Interés General:

- La Resolución de la Consejería de Educación y Cultura de 9 de noviembre de 2018 de la Acuerda la inscripción de la «Fundación

Museo Evaristo Valle» en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias, siendo clasificada como cultural (BO del Principado de Asturias de 17 de diciembre de 2018, núm. 290). Esta fundación, que gestiona el muy importante Museo Evaristo Valle en Somió (Gijón), fue constituida en 1981 y se inscribió en el registro de fundaciones del Ministerio de Cultura. En 2017 se modificaron sus estatutos para circunscribir el ámbito territorial de sus actividades a Asturias, lo que abrió el camino a este cambio de inscripción y de Administración competente para el ejercicio del protectorado.

- La Resolución de 30 de enero de 2019 de la Consejería de Educación y Cultura acuerda la inscripción de la «Fundación Automáticos Tineo para el Fomento de la Cultura» en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias, siendo clasificada como cultural (BO del Principado de Asturias de 20 de febrero de 2019, núm. 35). Se trata de una fundación constituida por la empresa del sector de los recreativos que le da nombre.
- La Resolución de la Consejería de Educación y Cultura de 29 de abril 2019 ordena inscribir en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias la extinción y la cancelación de todos los asientos de la «Fundación para el Progreso del *Soft Computing*» (33/FDC0102) una vez concluido el procedimiento de concurso (BO del Principado de Asturias de 22 de mayo de 2019, núm. 97).

En el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias:

- La Resolución de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales de 22 de febrero de 2019, Declara la «Fundación Odontológica del Principado de Asturias» de interés general, clasificándola como asistencial, y se ordena su inscripción en el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias de 19 de marzo de 2019, núm. 54). El promotor de la fundación es el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Asturias (CODES). Sus objetivos son la promoción de la salud bucodental y el apoyo a los sectores más desfavorecidos en salud bucodental y, en este sentido, gestiona una clínica para personas en riesgo de exclusión social en colaboración con Cáritas.



Las fundaciones de Cantabria en 2018: la reordenación del sector público autonómico fundacional

Marcos Gómez Puente

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL PANORAMA FUNDACIONAL EN LA REGIÓN.—II. MEDIDAS PRESUPUESTARIAS, FINANCIERAS Y FISCALES.—III. SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CANTABRIA DE FUNDACIONES.—IV. LA REGULACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO FUNDACIONAL.—V. ALGUNAS OTRAS DISPOSICIONES SECTORIALES.

I. Introducción: el panorama fundacional en la región

Tampoco este año podemos valorar la evolución del sector fundacional en la región, pues no hemos podido obtener datos actualizados sobre el número de entidades inscritas en el registro autonómico de fundaciones, dependiente de la Consejería de Presidencia, Interior, Justicia y Acción Exterior. Los últimos datos oficiales disponibles, del año 2011, arrojaban un saldo de 230 entidades (80 de tipo asistencial, 112 docentes, 4 laborales, 9 culturales y otras 25 de variado tipo), fundaciones de mano privada con muy reducida o inexistente actividad en la mayoría de los casos. Datos oficiosos posteriores, de 2018, elevan a 243 el número de entidades (113 docentes, 87 asistenciales, 11 culturales y 28 de otros tipos).

El Gobierno regional anunció que elaboraría y sometería al Parlamento de Cantabria un proyecto de ley de fundaciones para las inscritas en la Comunidad, iniciativa que quedó reflejada en los planes normativos de 2017 y 2018, llegando incluso a someterse a información pública un anteproyecto de ley (mediante Resolución de 10 de enero de 2018, publicada el día 29 de enero siguiente en el Boletín Oficial de Cantabria). Pero después nada se ha sabido sobre el estado de esta iniciativa normativa, de la que daremos algunos detalles un poco más adelante.

Mayor protagonismo han tenido, en cambio, las fundaciones que cuentan con el patrocinio público. Algunas constituidas por iniciativa de entidades pú-

blicas o de sociedades mercantiles de mano pública de la región (autonómicas o municipales) o incluso con el concurso de entidades de otras comunidades (el caso, por ejemplo, de la Fundación Fragata Extremadura —para un barco militar museo fondeado en la bahía de Santander—, de la Fundación Consejo España-China —impulso de la cooperación entre España y la República Popular China en los terrenos cultural, económico, comercial, empresarial, científico, y deportivo—, o de la F. Universitaria para la Cooperación Internacional). Y también, claro, las que por haberse constituido con una aportación mayoritaria de la Administración regional o de las entidades del sector público institucional autonómico vienen a integrarse en éste, caso de las diez siguientes:

- Fundación Cántabra para la Salud y el Bienestar Social.
- Fundación Centro Tecnológico en Logística Integral Cantabria.
- Fundación para las Relaciones Laborales de Cantabria.
- Fundación Fondo Cantabria Cooperera.
- Fundación Instituto Hidráulica Ambiental.
- Fundación Marqués de Valdecilla.
- Fundación Campus Comillas.
- Fundación Festival Internacional de Santander (FIS).
- Instituto de Investigación Marqués de Valdecilla (IDIVAL).
- Fundación Camino Lebaniego.

En 2018, precisamente, el régimen jurídico especial de estas fundaciones del sector público autonómico ha sido objeto de regulación legal, como luego se explicará, siguiendo la pauta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), que hizo lo propio con las del sector público estatal.

II. Medidas presupuestarias, financieras y fiscales

En línea de continuidad con los precedentes ejercicios Ley 8/2017, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2018, establece las dotaciones anuales que recibirán las fundaciones y otras entidades del sector público autonómico y contempla diversas medidas de contención del gasto público que les afectan.

Así, (i) extiende al personal de las fundaciones públicas autonómicas el régimen de retribuciones de los cargos y empleados públicos con sus limita-

ciones (arts. 25, 27 y 28), sin incremento alguno respecto del año anterior, salvo para el personal laboral no directivo cuyas condiciones retributivas pueden modificarse previo informe favorable del director de la entidad y de la Consejería correspondiente (art. 40.1); (ii) exige que los contratos de personal directivo por parte de las fundaciones (y otras entidades) públicas autonómicas sean sometidos, antes de formalizarse, al informe preceptivo y vinculante de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo (art. 41), incluso en el caso de que fueran a concertarse mediante un contrato tipo (debiendo entonces someterse a informe este último); (iii) prohíbe incluir cláusulas indemnizatorias (art. 42), pecuniarias o no, para «blindar» los contratos de los directivos de las fundaciones u otras entidades públicas, con el fin de evitar su despido o cese anticipado (cláusulas que se tendrán por no puestas y, por consiguiente, por nulas y sin ningún valor ni eficacia, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los titulares de los órganos gestores que las acuerden); (iv) exige que se informe al Parlamento cántabro de las aportaciones que la Administración de la Comunidad realizara al patrimonio de fundaciones, cualquiera que sea su importe (art. 13); (v) dispone que las fundaciones del sector público solo puedan formalizar operaciones de endeudamiento en la medida en que supongan prórroga o refinanciación de otras operaciones ya existentes, sin que, por tanto, puedan incrementar el nivel de endeudamiento formalizado al finalizar el ejercicio anterior (art. 16); y (vi) prevé que para cualquier operación de préstamo o crédito deba obtenerse la expresa autorización de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo (art. 20) y también para la contratación de personal, obras, suministros o servicios (disposición adicional decimosegunda).

Y por lo que hace a las medidas fiscales, se mantiene la deducción por donativos a donaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (tramo autonómico), beneficio fiscal cuyo importe conjunto estimado asciende a 421.216 euros. Y la Ley de Cantabria 9/2017, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, deja también exentas de inscripción en el Registro de Juego a las fundaciones que celebren sorteos o rifas con el fin de obtener fondos para la realización de sus fines (art. 5 de la Ley de Cantabria 15/2006, de 24 de octubre, de Juego de Cantabria).

En fin, la última ley citada también ha dispuesto que las fundaciones puedan ser propietarias de viviendas protegidas (dando nueva redacción al art. 3.1.c de la Ley de Cantabria 5/2014, de 26 de diciembre, de Vivienda Protegida) o cesionarios de bienes patrimoniales de la Comunidad (nuevo art. 70.1 de la Ley de Cantabria 3/2006, de 18 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma).

III. Sobre el Anteproyecto de Ley de Cantabria de Fundaciones

Como se ha indicado anteriormente, el Gobierno regional tiene la intención de presentar un proyecto de ley de fundaciones para las inscritas en Cantabria (o sea, las que desarrollen principalmente sus funciones en esta región, que son sobre las que la Comunidad tiene competencia exclusiva —art. 24.29 Estatuto de Autonomía de Cantabria—), cuyo anteproyecto se sometió a información pública a principios de 2018.

Según el Gobierno, aparentemente inspirado en la legislación andaluza, gallega y vasca y en los avances hechos para la reforma de la legislación estatal de fundaciones —de la que llegó a circular un anteproyecto en 2014—, lo que se pretende es promover la constitución y facilitar el funcionamiento de fundaciones —reconocido su potencial como instrumento de coparticipación de la sociedad y los poderes públicos en la acción social, cultural, científica y de otros ámbitos—, simplificar los trámites administrativos que les afectan y mejorar su publicidad y transparencia y la seguridad jurídica, reordenando y completando la normativa regional existente —el Decreto 26/1997, de 11 de abril, por el que se crea y regula el Protectorado y el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Cantabria, modificado por Decreto 33/1998, de 6 de abril— y elevando su rango.

El anteproyecto publicado consta de 60 artículos, estructurados en nueve capítulos.

Entre las disposiciones generales destaca la necesidad de que las fundaciones cuenten con medios personales y materiales adecuados y con una organización suficiente para garantizar el cumplimiento de sus fines y al enunciar las normas que ordenan su constitución se deja clara la obligación de que la dotación permanezca en el patrimonio de la fundación y de que se constituya la debida garantía de su aportación en caso de desembolso sucesivo.

Se regula asimismo el régimen de gobierno de la fundación —la estructura, composición y funcionamiento del patronato como órgano colegiado de gobierno y representación—, señalando expresamente los derechos y obligaciones de los patronos, simplificando las formalidades necesarias para la aceptación del cargo y, como novedad, facultando al protectorado para designar patronos cuando resulten insuficientes los inscritos. También prevé que el protectorado pueda instar la extinción de la fundación en caso de inviabilidad.

Por lo que hace al patrimonio de la fundación, simplifica la clasificación de los bienes y derechos, diferenciando entre los que forman parte de la dotación y los que no. Para la enajenación o gravamen de los primeros, de

los que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines o de aquellos cuyo importe sea superior al 20 por ciento del activo de la fundación se deberá presentar una declaración responsable.

Y por lo que hace al funcionamiento y actividad de la fundación se imponen obligaciones de publicidad activa a través de un sitio electrónico (web); se distingue entre las actividades propiamente fundacionales (vinculadas al cumplimiento de sus fines) y las mercantiles que pueda realizar para financiarse, con el fin de que estas no dejen de ser instrumentales de aquellas; se modifica el procedimiento de presentación de cuentas, introduciendo la obligación de auditar las cuentas anuales; y se concreta, bajo la expresión genérica «personas o entidades vinculadas a la fundación», el ámbito personal de la autocontratación.

En fin, el anteproyecto contiene también previsiones sobre el Protectorado de la Administración y el Registro de Fundaciones (introduciendo el silencio administrativo negativo ante la falta de resolución expresa por entender que concurren razones imperiosas de interés general para hacerlo, relacionadas con la seguridad jurídica del tráfico que pueden realizar).

IV. La regulación del sector público autonómico fundacional

La autonomía estatutariamente reconocida a la región cántabra incluye la capacidad de regular su propio gobierno y crear y estructurar su propia Administración pública, incluidos los organismos y entidades que se consideren necesarios, dentro de los principios generales y normas básicas del Estado (arts. 18.5, 36 y 37 del Estatuto de Autonomía de Cantabria). Y por ello el ordenamiento regional se ha venido actualizando para acomodarlo primero a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sus modificaciones —como lo hicieron las Leyes de Cantabria 2/1997, de 28 de abril, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria, luego derogada por la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria— y ahora, con derogación de la última mencionada, para acomodarlo a las previsiones de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), principal objetivo de la Ley de Cantabria 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que, según confiesa

en su propio Preámbulo, asume «gran parte de los criterios y contenidos institucionales que inspiran» la última citada, «con algunas excepciones y pequeños cambios».

Con ese ánimo lleva a cabo una sistematización de las previsiones sobre el «sector público institucional» en el que se incluyen ahora, tanto entidades de naturaleza pública (la tradicionalmente denominada «Administración institucional») como privada y, entre estas últimas, en lo que ahora nos importa, las fundaciones de iniciativa o patrocinio mayoritariamente públicos, enunciando un conjunto de normas sobre su creación, disolución, estructura orgánica, potestades, formas de actuación y régimen económico-financiero, patrimonial, de personal y de contratación, con remisión a la específica normativa sectorial aplicable en cada caso.

Siguiendo el ejemplo del Estado (art. 85 LRJSP, no básico), la ley cántabra contempla un control de eficacia y supervisión continua, pero lo organiza de distinto modo, disponiendo la creación de un «Consejo de Supervisión Continua» creado en el seno de cada una de dichas entidades (art. 90). Un órgano colegiado (presidido por el Consejero de Economía y Hacienda e integrado por la Consejería de adscripción, la Intervención General y un representante de cada grupo parlamentario) al que corresponde verificar el cumplimiento del plan de actuación de la entidad, la adecuación de su actividad a los principios y objetivos consagrados en su norma de creación, el presupuesto, el informe de gestión y las cuentas anuales y las reuniones del órgano de gobierno correspondiente (el patronato en el caso de las fundaciones). Y con ese fin se le atribuyen las siguientes prerrogativas:

- a) Ser informado de las convocatorias de los órganos de gobierno y de sus órdenes del día lo mismo que sus miembros y recibir las actas de las reuniones celebradas inmediatamente después de ser aprobadas.
- b) Recibir informes trimestrales sobre la gestión de las actividades más relevantes que estén siendo o hayan sido desarrolladas durante ese período.
- c) Recibir copia de todos los contratos o negocios jurídicos celebrados por la entidad, sociedad o fundación.
- d) Recibir en diciembre un informe sobre las principales actuaciones previstas a desarrollar el año siguiente.
- e) Solicitar las comparecencias que considere oportunas a los afectos de informar o aclarar cualquier cuestión relativa a la documentación remitida al Consejo.

- f) Acceder, conforme a lo previsto en la legislación vigente en la materia, a la documentación e información que exista en la entidad y que sea necesaria para el ejercicio de la función de control de eficacia y supervisión de la gestión, pudiendo solicitar su puesta a disposición en cualquier momento con el fin de ejecutar fielmente su labor.
- g) Emitir recomendaciones y sugerencias sobre el funcionamiento, programas y gestión para su toma en consideración por parte del órgano competente.

También contempla la ley la posibilidad de que estas entidades se transformen, de modo que una fundación pueda adoptar la naturaleza jurídica de cualquiera de las entidades del sector público autonómico y viceversa (art. 87), si bien incorpora una serie de cautelas (justificación, sucesión patrimonial, régimen del personal, rango normativo, etc.) muy similares a las previstas en la legislación estatal.

Adentrándonos ya en el régimen específico de las fundaciones, se considerarán integradas en el sector público autonómico las que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

- Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General de la Comunidad Autónoma o de alguna de las entidades integrantes del Sector Público Institucional autonómico o reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución, siempre que dicha aportación, originaria o sobrevenida, se mantenga, con carácter mayoritario.
- Que su patrimonio esté integrado con carácter permanente en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración General de la Comunidad Autónoma o por entidades integrantes del Sector Público Institucional autonómico.

Quedarán excluidas de esta categoría, pues, las fundaciones en las que las entidades del sector público autonómico no tengan esa prevalencia patrimonial aun cuando por sus normas estatutarias los representantes de dicho sector puedan llegar a tener mayoría de derechos de voto en su patronato.

Las fundaciones del sector público autonómico pueden crearse para llevar a cabo toda clase de actividades sin ánimo de lucro para la satisfacción de fines de interés general, ya sea de manera gratuita o mediante contraprestación, aunque no podrán en ningún caso disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Sí se admite, excepcionalmente, que por ley pueda atribuírseles el ejercicio de alguna potestad administrativas si están

adscritas a una entidad pública (adecuándose, como es lógico, a la legislación reguladora del procedimiento administrativo común), supuesto en el que sus decisiones serán recurribles en alzada ante la Consejería o entidad de adscripción.

Estas fundaciones se regirán por la ley que estamos comentando, por la normativa estatal y autonómica en materia de fundaciones (a falta de ley regional de fundaciones, toda la regulación es estatal, pues) y, en general, por el ordenamiento jurídico-privado, salvo en lo relativo al régimen presupuestario, contable, de control económico-financiero y de contratación del sector público.

Para crear una fundación (o dar esta forma de personificación a otro tipo de entidad) se precisa una ley que establezca sus fines y determine sus recursos económicos, debiendo aprobarse sus estatutos por Decreto del Consejo de Gobierno. La mayoría de los miembros del patronato será designada por la Administración (o entidad) autonómica promotora y es la propia Administración autonómica la que asumirá directamente la responsabilidad en que puedan incurrir, sin perjuicio de exigirles luego, en caso de dolo, o culpa o negligencia grave, el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios irrogados en su patrimonio.

Corresponde al patronato autorizar la fusión, liquidación y extinción de las fundaciones, previa autorización por Decreto del Consejo de Gobierno, que será inscrita en el Registro de Fundaciones, lo mismo que su creación.

El personal de estas fundaciones, incluido el que tenga la condición de directivo, se regirá por el derecho laboral, si bien debe seleccionarse mediante convocatoria pública de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En fin, estas fundaciones deben elaborar un presupuesto anual de explotación y capital que se integrará en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma. Además, formularán y rendirán sus cuentas según lo previsto en la normativa sobre fundaciones y de acuerdo a los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación para las entidades sin fines lucrativos en el Plan General de Contabilidad y sus disposiciones de desarrollo (su régimen económico-financiero, de contabilidad y de control es el previsto por la legislación presupuestaria general, estatal y autonómica, y están sujetas al control de la Intervención General y del Tribunal de Cuentas).

V. Algunas otras disposiciones sectoriales

Esta crónica debe concluir con la mención de las leyes autonómicas sectoriales aprobadas durante el ejercicio que también inciden sobre el régimen jurídico de las fundaciones, a saber:

- Ley de Cantabria 1/2018, de 21 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública, en cuanto extiende las obligaciones de transparencia establecidas para los partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales, a las fundaciones vinculadas a ellos, cuando perciban ayudas o subvenciones de las Administraciones públicas de Cantabria. Y también a cualesquiera entidades privadas y de iniciativa social que se financien con fondos públicos a partir de ciertos umbrales.
- Ley de Cantabria 3/2018, de 28 de mayo, de creación del Consejo de la Mujer, en cuanto prevé que pueda participar como observadoras en el Consejo de la Mujer de Cantabria, con voz y sin voto, las «Fundaciones con área específica de mujer».
- Ley de Cantabria 4/2018, de 15 de junio, por el que se regula el Consejo Social de la Universidad de Cantabria, en cuanto prevé que pueda promover el establecimiento de convenios y acuerdos de la Universidad y entidades públicas y privadas, fundaciones o entidades constituidas o participadas por ella, para la realización de trabajos de carácter científico o técnico y para la mejor explotación económica de sus resultados, patentes e innovaciones tecnológicas.
- Ley de Cantabria 9/2018, de 21 de diciembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad (disposición adicional sexta), en cuanto exige que en el plazo de un año desde su entrada en vigor, el Gobierno de Cantabria elabore y remita al Parlamento un «Plan Estratégico de Accesibilidad Universal e Inclusión» para el sector público autonómico (incluidas las fundaciones públicas).



Normas y jurisprudencia sobre fundaciones en Castilla-La Mancha

José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-la Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESUPUESTOS GENERALES DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA PARA 2018.—III. NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—IV. JURISPRUDENCIA DEL TSJ DE CASTILLA LA MANCHA SOBRE FUNDACIONES.

I. Introducción

Las normas aplicables a las fundaciones aprobadas en Castilla la Mancha durante el año 2018 se han recogido principalmente en la Ley anual de presupuestos.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, la sentencia de la sala de lo Contencioso n.º 53/2018, de 5 de marzo de 2018, se pronuncia sobre la calificación precedente a una inscripción en el Registro de Fundaciones y el control que el mismo puede realizar de los títulos presentados.

Cabe destacar por otra parte la aprobación de la Ley 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha, que establece un sistema de protección para quienes tengan limitada su autonomía personal para tomar decisiones.

II. Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2018

La Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2018, aprueba las estimaciones de gastos y previsiones de ingresos de las fundaciones públicas regionales, que son las siguientes:

- 1.º Fundación Parque Científico y Tecnológico de Castilla-La Mancha.

- 2.º Fundación Centro Tecnológico del Metal de Castilla-La Mancha.
- 3.º Fundación Impulsa Castilla-La Mancha.
- 4.º Fundación Sociosanitaria de Castilla-La Mancha.
- 5.º Fundación del Hospital Nacional de Paraplégicos para la Investigación y la Integración.
- 6.º Fundación Semana de Música Religiosa de Cuenca.

La norma, con la finalidad de cumplir con el objetivo de déficit señalado para la Comunidad Autónoma en aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, establece un control más riguroso de las aportaciones a entidades, empresas, fundaciones y consorcios del sector público regional mediante su consignación nominativa en los estados de gastos de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Con la misma finalidad, obliga a los representantes de la Administración regional en los órganos de administración y dirección de empresas, fundaciones y otras entidades públicas, a no dar su conformidad a la aprobación de actuaciones, planes o programas que impliquen gastos que puedan tener repercusión en dicho déficit.

El artículo 25 de la Ley 7/2017 prevé que requerirá la autorización del Consejo de Gobierno:

- a) La creación de fundaciones que vayan a formar parte de los órganos y entidades del sector público regional, de acuerdo a lo previsto en el artículo 4.3 del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha o la participación como patronos en las mismas.
- b) La participación de los órganos y entidades del sector público regional en la dotación fundacional o como patronos en cualesquiera otras fundaciones distintas de las referidas anteriormente.

En relación con las retribuciones de cargos directivos en las fundaciones del sector público regional, el artículo 37 señala que conforme a lo dispuesto en el artículo 8.j) del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, serán autorizadas por la consejería competente en materia de hacienda. Con carácter previo a la autorización de esas retribuciones, así como de las indemnizaciones a que pudiera haber lugar, se emitirá informe por la dirección general competente en materia de presupuestos.

De acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley 7/2017, los entes, empresas y fundaciones integrantes del sector público regional serán considerados medios propios y servicios técnicos de la Administración regional, de

sus organismos autónomos y entidades públicas, de conformidad con lo previsto en la LCSP.

Por otra parte, las fundaciones pertenecientes al sector público regional podrán proceder a la contratación de nuevo personal con las limitaciones y requisitos establecidos en la disposición adicional décima.

Estas limitaciones no serán de aplicación a las mencionadas fundaciones cuando se trate de contratación de personal, funcionario o laboral, con una relación preexistente de carácter fija e indefinida en el sector público regional.

Solo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, dichas fundaciones podrán llevar a cabo contrataciones temporales.

Las fundaciones públicas que tengan la condición de agentes de ejecución del Sistema español de Ciencia, Tecnología e Innovación con arreglo a la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 100 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a lo dispuesto en la normativa básica del estado. En todo caso, deberá quedar justificada la necesidad de la tasa para la adecuada prestación del servicio o para la realización de la actividad.

Por su parte, el resto de fundaciones públicas podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 50 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a lo dispuesto en la normativa básica del Estado.

III. Normas sobre protección de las personas con discapacidad

La Ley 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha, establece un sistema de protección para quienes tengan limitada su autonomía personal para tomar decisiones.

La norma articula un sistema de planificación de apoyos destinado a estas personas para la toma de decisiones y para que, con el apoyo de su familia o representante legal, puedan manifestar sus preferencias sobre la atención integral, igualdad de oportunidades y la participación activa en el entorno comunitario cuando sus apoyos familiares falten.

También establece una garantía de apoyo residencial una vez que la persona no cuente con sus apoyos familiares.

El artículo 31.1.20.^a del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha otorga a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la competencia

exclusiva en materia de servicios sociales y en concreto los dirigidos a las personas con discapacidad, incluida la creación de recursos de apoyo a sus necesidades.

La Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha, establece un sistema transversal de atención a las personas con discapacidad y contempla diversas medidas de garantía, entre las que se encuentran las dirigidas a que los servicios y prestaciones sociales respondan a sus necesidades de apoyo singularizadas para poder desarrollar sus proyectos de vida en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía.

El título I de la Ley 3/2018 establece el sistema de apoyos para las personas con discapacidad que diseña esta ley, constituido por el establecimiento de las unidades de orientación y apoyo en las que un profesional de referencia, el agente de mediación, apoyará a la persona con discapacidad que necesite apoyo para la toma de decisiones en el diseño de su plan personal de futuro.

Se prevé, asimismo, la creación de una oficina regional de orientación y apoyo a la que se le encomienda la coordinación de las unidades de orientación y apoyo.

En cuanto al plan personal de futuro, el título II de la norma concreta sus detalles y contenido, así como su registro y formalización.

IV. Jurisprudencia del TSJ de Castilla la Mancha sobre fundaciones

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, sala de lo Contencioso, sección 1, n.º 53/2018, de 5 de marzo de 2018, recurso 35/2015, se pronuncia sobre la Resolución del Consejero de Presidencia y Administraciones Públicas de 26 de noviembre de 2014 por la que se declara la inadmisibilidad del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se procedió, previa calificación registral, a la inscripción de la modificación parcial de la Fundación Caja Rural Mota del Cuervo en el Registro de Fundaciones de Castilla La Mancha y de aceptación de miembros del Patronato de la Fundación Caja Rural Mota del Cuervo, en el Registro de Fundaciones de Castilla La Mancha.

Analiza el Tribunal si es correcta o no la calificación precedente a la inscripción cuestionada y parte a tal efecto de la consideración del tipo de control que el Registro de Fundaciones puede realizar de los títulos presentados a la inscripción.

El artículo 7 del Real Decreto 1.611/2007 expresa que: «El Registro en el ejercicio de su función de inscripción queda sometido a los siguientes principios: [...] b) Legalidad: el Encargado del Registro calificará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulte de ellos y de los asientos registrales».

Entiende el Tribunal que la resolución recurrida no incurrió en infracción alguna, en la medida en que realizó adecuadamente el control de legalidad referido.

Como expresa el artículo 151.2 de la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla La Mancha, «las cooperativas de crédito se registrarán por las normas básicas del Estado que afecten específicamente a este tipo de cooperativas o a las entidades de crédito en general, así como por las normas que apruebe la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en el ámbito de sus competencias sobre cooperativas de crédito, y en lo no previsto por dichas normas, será de aplicación la presente Ley».

Con fecha 14 de enero de 2014, la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó la apertura del proceso de resolución de Caja Rural de Mota del Cuervo, de conformidad con el artículo 19 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, así como que se designó a don Luis Manuel como persona física representante del FROB para desempeñar el cargo de administrador provisional de Caja Rural Mota del Cuervo.

El artículo 22.1, párrafo I, de la Ley 9/2012 dice «tras la apertura del proceso de resolución conforme a lo previsto en el artículo anterior, el Banco de España acordará la sustitución del órgano de administración de la entidad al amparo de lo establecido en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, con las especialidades previstas en esta Ley, y designará como administrador de la entidad al FROB, que, a su vez, nombrará a la persona o personas físicas o jurídicas que, en su nombre, ejercerán las funciones y facultades propias de esa condición.». Y como señala el apartado 2, «La medida anterior se mantendrá en vigor hasta que se complete el proceso de resolución».

A la vista de lo anterior, y dado que todos los miembros del patronato, en este caso, tenían la consideración de miembros natos, en tanto que su pertenencia al patronato aparecía vinculada al hecho de formar parte del Consejo Rector de Caja Rural de Mota del Cuervo, considera el Tribunal

que el cese (definitivo) de los mismos, que implicaba la apertura del proceso de resolución y la designación de la Administración Provisional, determinaba que quedaban vacantes todos los puestos del patronato de la fundación, pues como expresa el artículo 18.2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones «El cese de los patronos de una fundación se producirá en los supuestos siguientes: [...] c) Por cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato», precepto coincidente con lo expresado en el artículo 17.1.d) de los estatutos de la Fundación.

Entiende el Tribunal que no cabe censurar la actuación administrativa a la hora de valorar la legalidad formal del acuerdo. En efecto, la calificación ha de reputarse correcta, siendo limitado el control de legalidad que cabe realizar en este ámbito registral que, en caso de pretenderse discutir con plenitud en relación con la legalidad de los acuerdos, ello habría de plantearse mediante la impugnación de los propios acuerdos adoptados, y no tanto de su simple calificación a los efectos de la inscripción y sin que se pueda pretender someter a examen en esta sede cuestiones más complejas, afectantes incluso a la corrección jurídica de la actuación del Banco de España, lo que excedería, en mucho, del control de legalidad formal del título que corresponde realizar por la vía de la calificación.

Las fundaciones en Extremadura durante 2018: la Ley del Tercer Sector Social y otras reformas normativas con incidencia en el sector fundacional

Enrique Hernández-Diez

Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN DE LA REALIDAD DEL SECTOR FUNDACIONAL DURANTE 2018.—III. LA LEY EXTREMEÑA DEL TERCER SECTOR SOCIAL: 1. *Análisis de los aspectos generales de la Ley: características esenciales y Capítulo I*: A) Una Ley configurada para una parte especial del Tercer Sector. B) Los fundamentos para una legislación autonómica sobre el Tercer Sector Social. C) La lógica competencial de la Ley autonómica y su coherencia con la legislación estatal. D) El objeto de la Ley extremeña del Tercer Sector Social. E) Una Ley de rico contenido axiológico. 2. *Estudio sobre los elementos particulares de la norma: del Capítulo II al Capítulo V*: A) La regulación sobre las actividades del Tercer Sector Social. B) El significado de la acción concertada. C) Nuevos y viejos instrumentos para la participación social: a) El derecho a la participación del Tercer Sector Social. b) La participación general y las reformas legales sobre la Mesa del Diálogo Civil. c) Nuevas previsiones sobre la participación sectorial social. D) La programación legal para la promoción del sector.—IV. OTRAS REFORMAS NORMATIVAS SOBRE EL TERCER SECTOR SOCIAL.—V. CONCLUSIONES.—REFERENCIAS.

RESUMEN: A principios del año 2018 se modificó ligeramente la regulación de la Mesa del Diálogo Civil de Extremadura, por vía reglamentaria. A mediados de año, la Plataforma del Tercer Sector accedió al Consejo Económico y Social de Extremadura, gracias a una reforma legislativa muy esperada, y mediante una Ley que ordena también un régimen de autorización para la creación de fundaciones por parte de ciertas corporaciones públicas de base privada. Finalmente, en noviembre de 2018 se aprobó por unanimidad la Ley extremeña del Tercer Sector Social. Esta última norma ordena el reconocimiento y la relación institucional de uno de los tipos especiales más extendido de las organizaciones del Tercer Sector General: aquellas dedicadas al ámbito de la acción social. Por ello, es la norma que mayor calado entraña, de las disposiciones del período analizado, para la ordenación jurídica del sector fundacional en Extremadura, y sobre la cual se realiza un análisis más pormenorizado.

PALABRAS CLAVE: Tercer Sector; fundaciones; Extremadura; acción social; diálogo civil.

I. Introducción

El objeto de este estudio es analizar el desarrollo social y jurídico que ha tenido lugar en la Comunidad Autónoma de Extremadura durante el año 2018, en aquello que afecta de forma directa al sector fundacional.

En primer término, el desarrollo social del sector se muestra a través de dos circunstancias de hecho. La primera es su evolución en cuanto al número de fundaciones inscritas y activas. La segunda circunstancia que se recoge en este análisis es la realización de algunas actividades significativas, o de otros acontecimientos de especial relevancia, que sirven para apreciar la realidad y la actividad del sector fundacional en la región.

En segundo término, dado que las fundaciones constituyen uno de los pilares que integran el denominado Tercer Sector, este análisis aborda las normas jurídicas que durante el año 2018 han sido dictadas sobre la ordenación de tal sector, en su conjunto, y sobre otras disposiciones relativas a la organización administrativa que da cauce a su participación estructurada ante el Ejecutivo autonómico. En este sentido, el año 2018 ha sido prolífico en reformas de cierto calado para el sector no lucrativo en Extremadura: reformas de estructuras preexistentes (Mesa del Diálogo Civil), incorporación del Tercer Sector al Consejo Económico y Social, regulación general sobre el Tercer Sector Social, y ordenación del régimen de creación de fundaciones por parte de diversas instituciones de naturaleza corporativa.

Los aspectos descritos permitirán extraer, finalmente, algunas conclusiones sobre las consecuencias jurídicas relevantes para las organizaciones no lucrativas, de iniciativa privada, y que operan en Extremadura.

II. Evolución de la realidad del sector fundacional durante 2018

Como en ediciones anteriores de este Anuario, la realidad del sector fundacional en Extremadura es analizada a partir de los datos facilitados por las principales instituciones públicas y privadas que se relacionan con el sector. De una parte, los datos registrales y de actividad con valor jurídico son conocidos gracias a la valiosa información suministrada por el Servicio de Administración de Justicia y Registros, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda de la Junta de Extremadura¹. De otra parte, la Memoria

¹ Un año más es preciso expresar un agradecimiento sincero al personal del Servicio de Administración de Justicia y Registros de la Junta de Extremadura, por su eficiente colaboración para la elaboración de este estudio, mediante la entrega puntual de los datos de altas y bajas ante el Protectorado autonómico, y la advertencia de las novedades normativas más

anual de Actividades de la Asociación Extremeña de Fundaciones, y sus canales informativos, suministran información complementaria, de carácter social y político.

El año 2018 finalizó con un total de ciento ochenta y una fundaciones inscritas ante el Protectorado autonómico, frente a las ciento setenta y nueve de 2017. En realidad, durante esta anualidad (2018) se constituyeron tres nuevas fundaciones², pero una de las inscritas fue extinguida³ y otra fue fusionada (por absorción)⁴. Del total de fundaciones inscritas, demuestran algún tipo de actividad durante 2018 alrededor de un centenar. La tasa de inactividad es posible que pueda atribuirse, en buena medida, a la falta de una adecuada previsión del ordenamiento, que permita actuar a los poderes públicos responsables del Protectorado de una manera más eficiente, con el objetivo de instar ante la autoridad competente la extinción de algunas fundaciones que llevan décadas realmente carentes de cualquier actividad, y sin acometer la más mínima obligación legal⁵.

De acuerdo con el propio sector fundacional, en Extremadura estarían presentes durante 2018 doscientas veintidós fundaciones, de las cuales la Asociación Extremeña de Fundaciones considera «efectivas» a ciento setenta⁶. Como en años anteriores, la Asociación no ofrece datos explicativos sobre

relevantes aplicables al sector fundacional, público y privado. Como muestra de su importante labor de apoyo, más allá de este estudio, baste mencionar que este Servicio ha registrado, solo en el año 2018, alrededor de doscientas llamadas con consultas relativas a los procesos jurídicos relacionados con el sector fundacional extremeño.

² Se trata de la Fundación José Gordillo (inscrita en enero de 2018); la Fundación Muñoz Torrero (inscrita en mayo de 2018) y la Fundación COOPRADO (inscrita en noviembre de 2018).

³ En junio de 2018 se inscribió la extinción y baja registral de la Fundación Rafael Ortega Porras.

⁴ En febrero de 2018 se procedió a inscribir la fusión de la Fundación San Lázaro, absorbida por la Fundación Fernando Valhondo Calaff.

⁵ Hasta 36 fundaciones registradas ante el Protectorado extremeño no rinden cuentas desde su inscripción registral, y 53 de las inscritas no rinden cuentas desde 2013. La rendición de cuentas es una obligación establecida por el artículo 35.1.e) de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, y por el artículo 41.1 del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

⁶ Así lo recoge la Asociación en su comunicado de prensa publicado con motivo de la aprobación de la Memoria Anual 2018 en la Asamblea General de 11 de septiembre de 2019 (disponible a 14 de octubre de 2019): <http://fundacionesdeextremadura.org/prensa-2.html>. Sin embargo, estas cifras no figuran recogidas en la Memoria Anual de 2018, que solo incluye datos de contacto de 39 fundaciones socias. La diferencia de 42 entidades inscritas, entre el Registro autonómico y la Asociación extremeña, es atribuible al número de fundaciones con domicilio y actividad en Extremadura, pero cuyo ámbito de actuación sería el nacional, por lo que se encuentran inscritas en el Registro único del Ministerio de Justicia.

qué considera «fundaciones efectivas» y a qué se deben las discrepancias con los datos proporcionados por el Protectorado. En todo caso, la Asociación atribuye al sector la generación de más de millar y medio de empleos directos (1.684), para la atención de 207.874 beneficiarios⁷.

De aquella actividad desarrollada por el sector, durante 2018, conviene destacar algunos acontecimientos singulares.

En primer lugar, la Asociación sectorial mantiene su actividad estatutaria ordinaria mediante la reunión de sus órganos de gobierno y el desarrollo de sus procesos democráticos internos. Los días 11 de enero y 21 de mayo de 2018 tuvieron lugar sendas sesiones de la Junta Directiva, que sería renovada íntegramente en la posterior sesión de la Asamblea General, del 19 de junio de 2018. De esta forma, el equipo liderado por D. Manuel López Risco (Fundación FUTUEX) dio el relevo a la Junta presidida por D. Luis Acha Iturmendi (en representación de la Fundación Mercedes Calle-Carlos Ballestero).

En segundo lugar, el 6 de noviembre de 2018 celebró su sesión anual el Consejo Autonómico de Fundaciones, órgano constituido en 2006 para la coordinación territorial de las fundaciones extremeñas integradas en la Asociación Española de Fundaciones.

En tercer lugar, durante el año 2018 no se celebró el Encuentro Hispano-Luso de Fundaciones que, tradicionalmente, organiza la Asociación Extremeña de Fundaciones junto a otras instituciones públicas y privadas, de ambas partes de la frontera. No obstante, la Asociación destaca (en su Memoria) que en 2018 tuvieron lugar los trabajos preparatorios para la décima edición de dicho encuentro, celebrado en los primeros meses de 2019.

En cuarto lugar, también merecen ser destacados los trabajos preparatorios de la Asociación Extremeña de Fundaciones, por sí misma y en colaboración estrecha con la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura, para la elaboración de la propuesta legislativa que finalmente fue adoptada como Ley 10/2018, de 22 de noviembre, del Tercer Sector Social de Extremadura⁸, sobre la que nos detendremos más adelante.

⁷ Tales son las cifras también recogidas en la Memoria. Nótese que el año anterior, 2017, la Asociación atribuía al sector la generación de 1.200 puestos de trabajo directo, lo que significaría, si los datos son correctos, que en 2018 se habría producido un incremento de más de 400 puestos de trabajo generados por el sector. Debe tenerse en cuenta, además, que en 2017 la Asociación señalaba una cifra superior de fundaciones activas en Extremadura (182 frente a las 170 «efectivas» en 2018).

⁸ Aunque la Memoria Anual de la Asociación Extremeña de Fundaciones alude a esta colaboración como su integración en el «equipo técnico» del Anteproyecto de Ley, en reali-

Finalmente, otros acontecimientos destacados por la Asociación incluyen la realización y participación de las fundaciones extremeñas en notables iniciativas formativas para el fortalecimiento del Tercer Sector, así como la concesión de reconocimientos de ámbito estatal a la labor de fundaciones extremeñas. Muestra de ello es, en 2018, la entrega del Premio de la Asociación Española de Fundaciones, en la categoría de «Iniciativa Filantrópica», a la Fundación extremeña Magdalena Moriche, por su trabajo con personas con inteligencia límite.

III. La Ley extremeña del Tercer Sector Social

El 27 de noviembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial de Extremadura la Ley 10/2018, de 22 de noviembre, del Tercer Sector Social de Extremadura. Había sido previamente aprobada, con el apoyo unánime de los grupos parlamentarios de la Asamblea de Extremadura, el 15 de noviembre de 2018. El consenso político puede ser fruto del alto grado de identificación con la propuesta manifestado por las entidades afectadas (el Tercer Sector Social extremeño), y al obvio nivel de respeto que las fuerzas políticas parecen dispensar hacia este colectivo⁹. Álvarez García (2019) ya señaló el punto de partida de esta norma, atribuyéndolo al «reconocimiento de la gran importancia» del sector en la región. Esta idea parece confirmada por la profusión de otras normas vinculadas en estos años¹⁰.

La Ley consta de veintiún artículos, divididos en cinco capítulos, más una disposición adicional única y tres disposiciones finales. Sus capítulos, aparte de recoger las disposiciones generales (Capítulo I), abordan una concreción

dad este no fue tal, dado que la iniciativa fue presentada a la Asamblea de Extremadura como Propuesta de Ley por el Grupo Socialista, no como Proyecto de Ley del Ejecutivo autonómico. No obstante, ya se advirtió, en el Anuario de 2017, sobre esta extraña circunstancia: que el trabajo preparatorio fuera realizado, aparentemente, por los servicios administrativos de la Junta de Extremadura, y mediante una negociación política entre el gobierno regional y las entidades afectadas, y que el texto resultara finalmente presentado por el Grupo parlamentario que sostenía, en minoría, al Ejecutivo.

⁹ Prueba de este respaldo de las organizaciones son, por ejemplo, la propia Memoria Anual de la Asociación Extremeña de Fundaciones (*op. cit.*, p. 14), o el comunicado de prensa publicado por la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura, donde se recoge que la Ley «regula en lo esencial las demandas históricas del sector» (rescatada de <http://www.ptsex.es/la-ley-del-tercer-sector-social-de-extremadura-aprobada-por-unanimidad/>, disponible a 16 de octubre de 2019).

¹⁰ Además de las que serán mencionadas en este estudio, se puede añadir la nueva Ley 12/2019, de 11 de octubre, del voluntariado de Extremadura, que deroga la Ley 1/1998, de 5 de febrero, reguladora del Voluntariado Social en Extremadura.

de aspectos objetivos y subjetivos de la actividad del Tercer Sector Social (Capítulo II), la definición y el régimen de la llamada «acción concertada» (Capítulo III), otros marcos de relación (participativa) del sector con los poderes públicos (Capítulo IV) y, finalmente, un programa de promoción público-privada del sector (Capítulo V).

1. *Análisis de los aspectos generales de la Ley: características esenciales y Capítulo I*

Del contenido de la Ley extremeña del Tercer Sector Social se pueden destacar, en conjunto, tres características esenciales, comunes a todo el texto: una deficiente técnica normativa (principalmente, a causa de una probable tautología¹¹), una profusa alusión a principios y criterios para la hermenéutica de otras normas, y una notable cantidad de cláusulas programáticas.

Las características generales del texto son la consecuencia de una serie de opciones del legislador, que conviene anticipar antes de abordar el contenido sustantivo original de la norma. Nos encontramos, en primer término, ante una Ley que no se aplica a todo el Tercer Sector, sino solo a una parte especial, y sería una peligrosa trampa confundir la parte por el todo. En segundo término, la Ley dice fundamentarse en determinados antecedentes y elementos que quedan explicitados en la parte expositiva, sin los cuales no es fácil desentrañar el significado de algunas disposiciones posteriores, del articulado. En tercer término, la preexistencia de una Ley estatal sobre un objeto aparentemente idéntico, y cuya base competencial no ha sido cuestionada, obliga a plantear el interrogante sobre la pertinencia y la necesidad de la Ley autonómica. En cuarto término, la ya aludida escasa calidad de la técnica normativa dificulta extraer de su primer artículo cuál es el verdadero objeto de la Ley, que debería condicionar el resto del articulado, por lo que nos detendremos en su análisis. Finalmente, en quinto y último término, parece oportuno realizar una mínima introducción al sentido axiológico general de la norma, porque clarifica el posterior recurso constante de la Ley a la disposición de principios (en el sentido amplio de los valores y los cri-

¹¹ Pero no solo la tautología empobrece la calidad de la norma (sobran los ejemplos, pero véanse los arts. 6.1 y 11). Además, el texto incluye frases sin verbo [*vid.* 17.2.a), segunda frase], califica las «sinergias» de iniciativa (por ejemplo, art. 17.1.a), o emplea conceptos especialmente controvertidos para la doctrina especializada (al referirse, por ejemplo, a las generaciones de derechos humanos, art. 5). En las siguientes páginas se mostrarán, ocasionalmente, otros ejemplos (sin ánimo de exhaustividad) que aconsejarían una revisión del mismo, en profundidad.

terios jurídicos), ya sean generales sobre todo el objeto de regulación, o específicos, para interpretar elementos particulares.

A) *Una Ley configurada para una parte especial del Tercer Sector*

Se trata de la primera norma legal extremeña que afronta una ordenación genérica del Tercer Sector Social en la región. No obstante, su contenido no es precisamente inédito, ya que guarda importantes semejanzas con la Ley estatal 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de acción social. De hecho, la sutil diferencia nominal (Tercer Sector Social *vs.* Tercer Sector de acción social) no impide que ambas expresiones aludan a una noción que puede ser reconocida como idéntica. Las dos normas se refieren al mismo tipo especial del Tercer Sector: aquel cuyos fines de interés general están relacionados con la atención a diversas circunstancias de vulnerabilidad humana¹².

Conviene aclarar que el Tercer Sector es un conjunto más amplio que el regulado o afectado directamente por estas dos normas. Por Tercer Sector General nos referimos a una gran variedad de instituciones e iniciativas caracterizadas por tres elementos fundamentales: son de base privada, carecen de ánimo de lucro, y sirven al interés general. Esto distingue al Tercer Sector del Estado (por su base privada) y del mercado (por su finalidad de interés general y por la ausencia del ánimo de lucro)¹³.

La orientación específica de los fines de interés general, vinculándolos en este caso a la intervención explícita o primaria frente a la inequidad (acción social), convierte a estas normas en leyes de ordenación de un Tercer Sector especial. No todos los fines de interés general tienen por qué guardar relación con la noción de vulnerabilidad a la que se refieren estas leyes. De hecho, existen numerosas entidades del Tercer Sector ajenas a tales fines sociales, aunque sea extraño que los excluyan de forma expresa¹⁴.

¹² Así puede desprenderse conforme a las semejanzas entre el artículo 2.1 de la Ley estatal mencionada y el artículo 2.1 de la Ley extremeña.

¹³ Cfr. la definición del *Diccionario del español jurídico* (en su versión en línea de 2019), para la voz «Tercer Sector», recuperada de: <https://dej.rae.es/lema/tercer-sector> (disponible a 15 de octubre de 2019).

¹⁴ Es poco probable que una entidad del Tercer Sector, si verdaderamente sirve a los intereses generales, sea completamente ajena a la equidad y a los fines sociales, pero es posible que no sea una funcionalidad primordial ni explícita: muchas organizaciones orientadas a otros sectores (recuperación del patrimonio, desarrollo deportivo, etc.) pueden conectar con la lucha contra la inequidad solo de forma tangencial y circunstancial, sin que por ello pueda presumirse que carezcan de fines de interés general, o que sean Tercer Sector de un grado inferior o secundario.

B) *Los fundamentos para una legislación autonómica sobre el Tercer Sector Social*

La parte expositiva de la Ley revela algunas otras fuentes de inspiración de la norma, aparte de la Ley estatal.

En primer término, el legislador autonómico relaciona la Ley que adopta con los principios rectores de los poderes públicos extremeños (art. 7 del Estatuto de Autonomía —EAE—), y los conecta a su vez, de forma implícita, con valores como los expresados en el artículo 9.2 de la Constitución española (CE), sobre la participación de la ciudadanía en la vida política, social, económica y cultural.

En segundo término, el legislador dice situar a la Ley «en consonancia con las directrices de la Unión Europea», de la que parece indiscutible que toma términos tales como «diálogo civil», y otros valores relacionados con la participación social y la incidencia política de la sociedad civil organizada. Sin embargo, resulta llamativo que omita cualquier mención al Consejo de Europa, a pesar del importante papel desempeñado por esta institución en materia de los marcos jurídicos sobre la sociedad civil organizada¹⁵. Sea como fuere, la Exposición de Motivos sí se refiere a algunos textos normativos que son fruto del Consejo de Europa (como la Carta Social Europea), y a los demás textos principales de derechos humanos propiciados por el Sistema de las Naciones Unidas o por la Unión Europea.

En tercer término, sobre los antecedentes normativos que sirven de inspiración para plasmar un nuevo régimen legal, debe subrayarse la mención a la Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura, que resulta determinante como precedente obvio de las capacidades de incidencia del Tercer Sector en «la planificación, gestión y evaluación del sistema público de servicios sociales», sobre lo que esta Ley de 2018 no deja de insistir. La nueva Ley, además, da cobertura legal a una previa estructura creada por una norma reglamentaria: la Mesa del Diálogo Civil constituida por el Decreto 8/2017, de 7 de febrero, ya analizado en ediciones anteriores de este Anuario.

¹⁵ Como muestra, véase la Recomendación del Comité de Ministros (2007)14 a los Estados miembros, titulada «*On the legal status of non-governmental organisations in Europe*». De hecho, al amparo del Consejo de Europa se encuentra una de las plataformas más importantes de coordinación del Tercer Sector europeo, como es la Conferencia de Organizaciones No Gubernamentales Internacionales, un espacio promotor de no poca doctrina que podría mencionarse en los desarrollos legislativos como el que nos ocupa en este estudio.

C) *La lógica competencial de la Ley autonómica y su coherencia con la legislación estatal*

La Exposición de Motivos recoge los títulos competenciales en los que se apoya el legislador para adoptar esta norma. Sobre ellos conviene detenerse por dos motivos: por un lado, la posible irracionalidad sustantiva de la referencia a alguno de los títulos competenciales, y, por el otro lado, la relación entre estos títulos de competencia autonómica y aquellos otros que fundamentan la mencionada norma estatal, para verificar su necesaria coherencia.

Los títulos competenciales aludidos por la norma autonómica son diferentes, naturalmente, de aquellos que encontramos en la Ley estatal (recogidos en su Disposición final segunda). Una comparación de ambos textos nos revela que la existencia de estas dos leyes obedece a una lógica jurídica que es compatible con las respectivas competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma, aun cuando abordan el mismo sector en sus respectivos marcos territoriales.

El Estado dictó la Ley de 2015, en su mayor parte, al amparo del artículo 149.1.1.^a de la Constitución¹⁶, es decir, para preservar «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles». Así, esta norma ordena, esencialmente, las relaciones del Tercer Sector Social con la Administración General del Estado para aquellos fines de interés general que guardan relaciones con las competencias estatales (para «asegurar un desarrollo armónico de las políticas sociales», según reconoce la Exposición de Motivos de la Ley extremeña, en referencia a la estatal). No interfiere en ningún caso en las competencias que dan amparo a la Ley autonómica.

Extremadura dispone, por un lado, de competencia exclusiva sobre política de acción social, en general (en virtud del art. 9.27 EAEx). Por otro lado, también es su competencia exclusiva la ordenación de las formas organizativas (asociaciones, fundaciones y voluntariado) propias del Tercer Sector, «que desarrolle principalmente sus funciones en Extremadura», según el artículo 9.45 EAEx. Eso sí, tal ordenación autonómica debe respetar, como es natural, la regulación esencial sobre derechos fundamentales vinculados que se contiene, por ejemplo, en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación (LODA).

¹⁶ La parte sujeta a otro título competencial es, según la propia Disposición final segunda de la Ley estatal, «el segundo párrafo de la Disposición adicional segunda», porque «se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.31.^a de la Constitución que atribuye al Estado la competencia en materia de Estadística para fines estatales».

Por lo señalado anteriormente, la Ley autonómica no regula las formas organizativas del Tercer Sector Social. Recalca esta idea la Disposición final segunda de la Ley, recordando a las entidades que su consideración de Tercer Sector Social, en virtud de la nueva norma, no les exime del «cumplimiento de todos los requisitos y condiciones que establezca» la legislación específica de su forma jurídica. Muñoz Machado (2002: 710-711), entre otros, ha identificado las formas organizativas del Tercer Sector Social general en torno a tres pilares: las asociaciones, el voluntariado y las fundaciones. Existen otras leyes, estatales y autonómicas, que regulan cada una de tales formas¹⁷. Por ello, ambas leyes del Tercer Sector Social, tanto la estatal como la autonómica, se limitan a señalar los rasgos que permiten identificar cuándo tales formas son reconocidas como Tercer Sector Social en su respectivo ámbito territorial, para la interlocución con los correspondientes poderes públicos y para el disfrute de las garantías orgánicas y procedimentales recogidas en cada ley (para su participación y promoción, principalmente).

Por último, en materia de las competencias invocadas para esta regulación, no debe pasar desapercibida una extraña mención de la Exposición de Motivos al artículo 9.17 EAEx, que trata sobre la competencia exclusiva en materia de cooperativas y economía social, o «entidades asimiladas», según la parte expositiva aludida. Es una referencia incongruente con el espíritu de la Ley, que versa sobre el sector no lucrativo de forma explícita, mientras que resulta obvio que las cooperativas, aunque sean un tipo singular de entidades empresariales, no son en ningún caso entidades del Tercer Sector¹⁸. Quizá podrían serlo de un eventual cuarto sector, por su distancia del resto del ámbito mercantil, y lo mismo podría predicarse de la economía social o de entidades asimiladas a las cooperativas. Esta referencia competencial resulta de difícil justificación para semejante Ley, en particular.

¹⁷ Me refiero, por ejemplo, a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación (LODA); a la Ley (estatal) 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; a la Ley (estatal) 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado; a la Ley 12/2019, de 11 de octubre, del voluntariado de Extremadura (posterior a esta Ley del Tercer Sector Social, pero precedida por la ya derogada Ley 1/1998, de 5 de febrero, reguladora del Voluntariado Social en Extremadura).

¹⁸ No obstante, es cierto que en otros ordenamientos jurídicos se discute sobre la inclusión de las llamadas «empresas sociales», entre las que se ubican muchas cooperativas, dentro del Tercer Sector Social. Como muestra, Emanuele Rossi (2014: 105 y ss.) apunta en esta dirección de la controversia.

D) *El objeto de la Ley extremeña del Tercer Sector Social*

El artículo 1 de la Ley recoge su objeto en torno a dos ejes. El primer eje señala como objeto de la Ley «regular, configurar y caracterizar» las relaciones del sector con los poderes públicos en Extremadura. El segundo eje añade el objeto de «adoptar y desarrollar» medidas de fomento del sector. Para describir ambos, la Ley no escatima reiteraciones y circunloquios que ejemplifican, desde este mismo primer artículo, una racionalidad lingüística muy deficiente, que dificulta notablemente su comprensión e interpretación. No obstante, todo el precepto puede reducirse a estas dos cuestiones: persigue ordenar el régimen de relaciones participativas del Tercer Sector Social con los poderes públicos extremeños (y especialmente con la Junta de Extremadura), y pretende instaurar nuevas obligaciones públicas y privadas, genéricas o específicas, orientadas a fortalecer el Tercer Sector Social en la región.

El reconocimiento legal de entidades del Tercer Sector Social queda paudado por los requisitos previstos en el artículo 2 de la Ley. Así, a los habituales caracteres generales del Tercer Sector Social, ya apuntados¹⁹, esta Ley suma otros requisitos especiales, para la cualificación «social», que podemos distinguir como de tipo objetivo y de tipo subjetivo.

Entre los requisitos especiales de tipo objetivo se encuentran aquellos que conectan los fines de interés general, en abstracto, con la identidad sustancial de aquello que permite hablar del tipo especial, es decir, del carácter social concretado por la Ley. Según el artículo 2.1, párrafo primero, de la Ley extremeña (idéntico al art. 2.1 de la mencionada Ley estatal), el carácter especial abarcaría a aquellas entidades «que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como de los económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social». También señala el precepto que estas entidades deben responder «a criterios de solidaridad y de participación social». La Ley enmarca un ámbito objetivo de difícil delimitación, o que sitúa a muchas entidades en zonas difusas, porque el precepto no precisa si tales fines deben estar recogidos en las normas organizativas o constitutivas de las entidades, o si puede entenderse cumplido el requisito cuando una entidad con fines distintos acomete aquellos, de tipo social, de manera esporádica o circunstancial. De hecho, la Ley tampoco aclara si deben ser los fines

¹⁹ Recordemos que los requisitos objetivos del Tercer Sector General serían su ausencia de ánimo de lucro y su persecución de fines de interés general, mientras que los requisitos subjetivos generales serían la base privada (esto es, la iniciativa ciudadana o social, según estas leyes del Tercer Sector Social) y la naturaleza privada de su forma organizativa (asociativa o fundacional, en sentido amplio).

principales o si, por el contrario, podrían ser consideradas como Tercer Sector Social también aquellas entidades con una misión primaria distinta (científica, deportiva, medioambiental...), pero indirectamente convergente.

Los requisitos especiales de tipo subjetivo ofrecen dos elementos clarificadores, que (esta vez sí) ayudan a trazar la delimitación del Tercer Sector Social, expresados de manera mucho más precisa, aunque no necesariamente exentos de controversia.

Un primer requisito subjetivo señala que son entidades del Tercer Sector Social aquellas de «carácter privado, surgidas de la iniciativa ciudadana o social» (art. 2.1). La intención de la adición del origen cívico o social a la noción del carácter privado resulta más clara en el párrafo segundo del mismo precepto (art. 2.1, segundo párrafo), ya que en él se aprecia cómo el legislador procura subrayar la distancia debida de estas instituciones sociales tanto del mercado y como del sector público²⁰. El artículo 2.1, en su segundo párrafo, contempla la imposibilidad de reconocer como Tercer Sector Social a las entidades privadas cuyos «órganos de gobierno» estén participados «por empresas mercantiles». No aclara un posible rango de tal participación (como sí hará para el sector público), luego parece excluida cualquier mínima intervención explícita, oficialmente vinculada, a una sociedad mercantil, o por delegación de esta. Tan rotunda distancia marcada con el sector empresarial o mercantil, no contemplada en la Ley estatal, constituye una originalidad de este Tercer Sector Social extremeño. Sin duda, se trata de una limitación para la inclusión en el sector de aquellas fundaciones creadas y gobernadas, por ejemplo, como resultado de la responsabilidad social corporativa de una sociedad mercantil. Pero puede llegar a suponer una verdadera limitación a la libertad de fundación o asociación, de difícil justificación,

²⁰ Este primero de los requisitos especiales se encuentra entremezclado con uno de tipo general. El general es la exclusión de la categoría de Tercer Sector a aquellas formas organizativas que, aun asemejándose a las habituales del Tercer Sector, son en realidad entes instrumentales del sector público: la Ley excluye expresamente a las entidades del Tercer Sector (ya sean asociativas o fundacionales) cuya participación sea controlada en más del cincuenta por ciento por una o varias Administraciones públicas. No debe obviarse, en todo caso, que algunas de estas figuras excluidas sí pueden encontrarse integradas en las principales plataformas representativas reconocidas por la propia Ley. De hecho, la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura, mencionada como representativa del sector en el artículo 13.1 de la Ley, integra a las fundaciones públicas que forman parte de la Asociación Extremeña de Fundaciones, por ejemplo. Otra figura paradigmática que resulta claramente excluida de la categoría gracias a estas cláusulas de distanciamiento del sector público, pero que podría confundirse con el Tercer Sector por su forma organizativa, es la Federación de Municipios y Provincias de Extremadura (regida, según el art. 1 de sus Estatutos, por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación, a pesar de su composición de base pública).

puesto que impide una determinada composición subjetiva permitida por el ordenamiento, sin que el grado de exclusión parezca justificado con el objetivo de separación posiblemente perseguido, y del realmente logrado²¹.

La segunda precisión subjetiva es inclusiva, no excluyente. En el artículo 2, apartados 2 y 3²², el legislador autonómico trata de garantizar la consideración como Tercer Sector Social de las propias plataformas coordinadoras de dichas entidades, organizadas mediante las distintas formas asociativas de segundo grado (es decir, asociaciones de personas jurídicas, ya sean uniones, federaciones, etc.). En la medida en que dichas redes o plataformas suman instituciones que, individualmente, no serían Tercer Sector Social (fundaciones públicas, por ejemplo), esta fórmula les da cobertura indirecta como tal.

Las delimitaciones subjetivas conectan, a su vez, con el ámbito de aplicación de la Ley. En el artículo 4, este ámbito está redactado de forma que abarca, solo, a aquellas entidades que tienen tanto su sede, en primer lugar, como parte o todo de su actividad, en segundo lugar, en Extremadura. Está expresado de forma que exige la concurrencia de ambas circunstancias. Quizá no sea consciente el legislador de haber dejado fuera, en sentido estricto, a las organizaciones que son Tercer Sector Social y desarrollan acción social en Extremadura, pero tienen su sede fuera de la Comunidad Autónoma²³.

²¹ Por otra parte, es una barrera ficticia, pues nada impide que un empresario que sea persona física tome parte en el gobierno de tales entidades, con el mismo potencial espíritu lucrativo indeseado por el legislador, y ejerza una auténtica injerencia del mercado. Tampoco permite la Ley excluir, con esta cláusula, que un patronato se componga de hecho por personas físicas íntimamente ligadas al mercado, o incluso que se integren precisamente por tal vinculación (por ejemplo, fruto del mecenazgo corporativo), siempre que eviten expresar el nombramiento en tales términos (para burlar la norma basta que los estatutos de una fundación no señalen que el nombramiento de un patrono lo es por un cargo empresarial, pero nada impide que *de facto* lo sea). Teniendo en cuenta la afición del legislador por crear principios en esta norma, quizá habría sido más eficiente, en este sentido, haber formulado las prevenciones sobre los vínculos empresariales o del sector público como un principio rector más específico, antes que como cláusula de exclusión subjetiva.

²² La Ley autonómica, mediante estos dos apartados, ordena de forma más clara esta cuestión, y con una secuencia lógica que facilita la comprensión, en comparación con el texto idéntico del artículo 2.2 de la Ley estatal, que solo difiere en el orden de las frases.

²³ Tal es el caso de no pocas entidades que desarrollan su labor en Extremadura, incluso con convenios de colaboración a tal efecto suscritos con la Administración autonómica, pero cuya sede no se encuentra en la Comunidad Autónoma. Como muestra, véase la Resolución de 4 de diciembre de 2017, de la Secretaría General, por la que se da publicidad al Convenio de Colaboración entre el Servicio Extremeño Público de Empleo y la Fundación Santa María la Real para la difusión y captación de beneficiarios del Proyecto Lanzaderas de Empleo y Emprendimiento Solidario en el marco del Programa Operativo POISES del Fondo Social Europeo y del Programa de Empleabilidad Joven de Fundación Telefónica (DOE n.º 245 de 26 de diciembre de 2017).

Algo, por cierto, que el propio sector fundacional parece no contemplar, a la luz de la divergencia sobre los datos de fundaciones activas que reputa en Extremadura el sector, frente a las cifras de inscripciones con sede efectiva en la Comunidad Autónoma.

E) *Una Ley de rico contenido axiológico*

La Ley extremeña parece inspirarse en la Ley estatal para recoger (sin llegar a replicar) un catálogo de principios rectores para el sector (art. 3 de la Ley extremeña, y art. 4 de la Ley estatal). Sin embargo, la norma autonómica va mucho más allá, e incorpora otros artículos que añaden nuevos principios sobre diversos elementos específicos de la regulación. Destacan con claridad cuatro catálogos más, hasta sumar cinco listados de auténticos principios jurídicos, que mediante esta norma adquieren rango de Ley: a) los principios rectores identificativos de todo el Tercer Sector Social (art. 3); b) los «criterios de intervención» de las actuaciones del sector (art. 7); c) los «principios de la acción concertada» (art. 9); d) los «criterios de representación e incorporación» del sector a los órganos colegiados para su participación administrativa (art. 14.2); y, finalmente, e) las características que rigen las relaciones laborales en las entidades del sector (art. 21.1). Todos estos preceptos tienen un contenido orientador que los configura como principios, con independencia de la nomenclatura empleada por el legislador para referirse a ellos.

La norma estatal, al referirse a los principios rectores del sector, precisa una serie de nueve valores o condiciones para definir al propio Tercer Sector de acción social en el ámbito estatal. En cambio, el legislador extremeño ha optado por establecer siete principios funcionales, expresando en cuatro ocasiones las mismas ideas que la Ley estatal²⁴, pero de forma más genérica, y con matices expresivos distintos: 1) la participación ciudadana y social, en sentido amplio [en el art. 3.a) de la ley extremeña]; 2) la transparencia y la rendición de cuentas [art. 3.d)]; 3) la autonomía e independencia frente a actores externos al propio sector —poderes públicos o mercado— [art. 3.e)]; y 4) el respeto efectivo a la igualdad de oportunidades en el seno de las entidades [art. 3.f)]. Sin embargo, la norma autonómica innova al proclamar tres principios no recogidos por la normativa estatal: el «empoderamiento de las

²⁴ La Ley estatal, de hecho, resulta reiterativa en sus tres primeros principios rectores [las letras a), b) y c) del artículo 4, que requieren personalidad jurídica propia, naturaleza privada y ausencia de ánimo de lucro], porque tales exigencias ya forman parte del ordenamiento sin necesidad de estar ahí contempladas. Razón por la que, probablemente, el legislador extremeño los omite.

personas destinatarias en la intervención» del sector [art. 3.b)]; un obligado «enfoque de los derechos de la ciudadanía en la planificación de su intervención» [art. 3.c)]; y la «colaboración y trabajo en red» entre los sujetos afectados por la Ley —Tercer Sector y sector público extremeño— [art. 3.g)].

El resto del contenido de principios específicos aludidos es novedoso en la Ley extremeña, frente a la estatal, pero nos referiremos a su contenido al analizar los aspectos concretos sobre los que se aplican tales principios (aunque sean denominados «criterios»).

2. *Estudio sobre los elementos particulares de la norma: del Capítulo II al Capítulo V*

Como se ha tenido oportunidad de advertir al inicio, la Ley extremeña aborda una regulación más pormenorizada que la estatal sobre cuatro aspectos. Algunos de ellos son realmente inéditos en nuestro ordenamiento jurídico, al menos en el plano nominal. Otros representan una elevación del rango normativo de aspectos ya regulados previamente por vía reglamentaria.

El primero de los aspectos específicos aborda el régimen de actividad del reconocido como Tercer Sector Social, a pesar de que el título del Capítulo II no refleje fielmente el contenido del mismo.

El segundo de estos aspectos específicos es la llamada acción concertada, a la que el legislador dedica el Capítulo III. Veremos cómo se configura como instrumento específico de cooperación público-privada, reservada, según esta Ley, para el Tercer Sector de acción social y la acción social de responsabilidad pública.

El tercer aspecto es la legalización, en su sentido de incorporarse a una norma de rango legal, de una regulación parcialmente ya reglamentada: la participación administrativa del Tercer Sector Social, objeto de regulación en el Capítulo IV. No obstante, esta nueva ordenación incorpora una reforma sutil, pero muy relevante sobre la filosofía participativa del sector, y alude a otras formas de participación no expresamente contempladas con anterioridad.

El cuarto y último aspecto analizado se corresponde con el Capítulo V, que instituye mecanismos de planificación y, muy especialmente, de seguimiento y diagnóstico sobre la actividad promotora, pública y privada, hacia el sector.

A) *La regulación sobre las actividades del Tercer Sector Social*

Si el Tercer Sector es fruto de la iniciativa privada, y se articula mediante el ejercicio de derechos fundamentales como el de asociación, o de otros de amplia protección jurídica como el de fundación, la forma de intervenir del Tercer Sector Social está ampliamente protegida por el ordenamiento jurídico, pudiendo realizarse de cualquier forma que no esté expresamente prohibida. En tal sentido, estas leyes sobre el sector no habilitan para realizar nada que las entidades no pudieran llevar a cabo sin semejante regulación. Sin embargo, la Ley extremeña contribuye a delimitar formas de intervención que crean un modelo especialmente protegido, reconocido y promovido por los poderes públicos. Así pues, el artículo 5 de la Ley insta al sector a diseñar su intervención atendiendo al denominado «enfoque de derechos».

El significado de tal enfoque pretende, quizá, prevenir (o al menos no reconocer como objeto de promoción legal) algunos modelos históricos de la acción social que han podido tender hacia una intervención llamada «paternalista», o de beneficencia clásica, en un sentido que situaría el protagonismo de la acción social sobre el sujeto generoso que ayuda a otros sin estar obligado a ello (que ayuda graciosamente). Este modelo sería contrario a una concepción, la reivindicada por la Ley, en el que la acción social es la reacción ante una injusticia, donde el protagonista es quien padece una realidad desfavorable que debe ser revertida, porque es contraria a los derechos humanos. Se trata de diferenciar entre una acción social prestada porque se tiene derecho a la equidad, frente a una acción social de la que se disfruta por la mera fortuna de tener quien la conceda.

El artículo 6 de la Ley, por su parte, recoge de forma muy poco sistematizada una descripción amplia de actividades reconocidas como propias del sector. El uso de una terminología reiterativa, tal vez empleada con el temor de dejar algo fuera del precepto, dificulta la comprensión del texto. No sin esfuerzo, se puede concluir que el apartado primero del artículo marca el tipo de sujeto susceptible de la intervención del sector, el apartado segundo trata de enunciar los espacios o contextos en los que caben esas actividades de intervención, el tercero aborda los posibles enfoques y contenidos de dichas las actividades sociales, y el cuarto anuncia un tipo específico de actividades que son responsabilidad pública, aunque las ejecute el Tercer Sector Social.

Sobre el destinatario de las acciones (art. 6.1), la Ley parece realizar tres puntualizaciones. La primera es que el sujeto pasivo de la intervención del sector debe serlo porque no disfrute de sus derechos de forma efectiva, y el

Tercer Sector Social lo convierte en destinatario para resolver esa circunstancia. La segunda es que el sujeto pasivo puede ser considerado tanto de forma individual como colectiva, y esta última debe ser entendida como toda la diversidad de formas de agrupación imaginables, que sean útiles para la identificación de la vulnerabilidad (familias, grupos, comunidades, etc.). La tercera puntualización es el señalamiento expreso de tres colectivos de especial atención legal: la infancia, las personas con discapacidad y las personas en situación de dependencia. Más adelante (art. 6.3), la Ley también aclara otro aspecto subjetivo, y es que para tener la consideración de actividades sociales es irrelevante que el sujeto activo sea personal voluntario o remunerado por una relación laboral.

El ámbito o contexto de la intervención (art. 6.2) es descrito de forma tal que parece querer remover cualquier barrera interpretativa: la actividad de asistencia social cabe en cualquier contexto, desde los espacios laborales hasta el judicial, pasando por el sociosanitario, sociocultural, habitacional, educativo, «y cualquier otro transversal que afecte a los mismos».

La Ley añade una proyección sustantiva de las intervenciones, señalando expresamente (art. 6.3) que «se reputan como actividades sociales» cualesquiera que persigan los fines antedichos. El catálogo comprende, por un lado, todas las fases posibles de la intervención. Esto incluye desde la detección de necesidades hasta una eventual investigación de evaluación posterior, así como cualquier ejecución de acciones orientadas, de forma directa, hacia los fines descritos (obvio). Por otro lado, también alude a cualquier enfoque sustantivo que sirva de medio al fin último. Esto convierte en «actividad social de interés general» tanto la articulación de la acción [incluso la autoorganización de las entidades, art. 6.3.b)], hasta la interlocución con el sector público o las campañas de sensibilización o denuncia ciudadana sobre el objeto de la acción social, pasando por la provisión de servicios o la atención directa a los sujetos destinatarios, naturalmente. No es necesario, por tanto, que la actividad se dirija al sujeto (individual o colectivo) de forma directa, sino que también tiene el reconocimiento legal la actividad indirecta, dirigida hacia otros sujetos, cuando se acomete como medio (análisis, sensibilización, intercesión o incidencia, etc.) para favorecer al destinatario final.

Entre las actividades de intervención del sector, el legislador ha incluido una categoría diferenciada (art. 6.4), a la que denomina «prestaciones y servicios de responsabilidad pública» (en el ámbito que nos ocupa, de la asistencia social), remitiendo a «los términos definidos por la normativa comunitaria». No precisa a qué normativa se refiere, pero tal vez se trate de aquella

relacionada con el específico Derecho de la Unión Europea sobre los servicios sociales²⁵.

Finalmente, todo el conjunto descrito de actividades reconocidas debe ajustarse a los criterios axiológicos de intervención marcados por el artículo 7 de la Ley, que son auténticos principios informadores de las actuaciones. El catálogo está expresamente formulado como *numerus apertus* («entre otros»), pero obliga a las entidades a considerar todas las dimensiones propias de una intervención social, ya presentes antes de la Ley en la mayor parte de las normas reguladoras de las ayudas públicas a este tipo de acciones, pero con rango legal indubitado desde la entrada en vigor de la norma que es objeto de este análisis.

Conviene destacar, de este catálogo, el grado de completitud que la Ley espera de esta intervención de entidades privadas. La actuación de estas debe ir mucho más allá de la intervención directa con las personas destinatarias finales [recogido esto último en el art. 7.e)]. El artículo 7, a diferencia del artículo 6, no solo admite tales acciones en la categoría de intervención del sector, sino que las considera indispensables. Por ello, esta atención directa debe ser precedida y complementada por el desarrollo de intervenciones preventivas y de detección de necesidades [7.a)]; informativas, formativas y de sensibilización [7.b)]; de reivindicación y denuncia social (7.c) y de interlocución y diálogo con agentes sociales [7.d)]. Pero también deben ser entreveradas por intervenciones que empoderen y reconozcan la participación explícita a los colectivos destinatarios finales [7.f)], para la «promoción general de la participación ciudadana y de la cultura de la solidaridad» [7.g)].

Naturalmente, lo anterior no puede ser interpretado en un sentido que obligue a que todas y cada una de las entidades del Tercer Sector Social deban incorporar todos y cada uno de los criterios de intervención legalmente exigibles. La cualidad axiológica del precepto se manifiesta también en la obvia posibilidad de que su realización se alcance por la «colaboración y trabajo en red» [art. 3.g)] del Tercer Sector Social, como conjunto. Las entidades pueden complementarse funcionalmente (como de hecho sucede).

²⁵ Véanse, por ejemplo, el párrafo 36 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y el párrafo 114 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. También, a pesar de su carácter no vinculante, conviene mencionar a este respecto la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, que acompaña a la Comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno», Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo, COM (2007) 725 final.

B) *El significado de la acción concertada*

El Capítulo III de la Ley está dedicado a la denominada acción concertada. Se trata de un concepto emergente para describir una realidad muy consolidada. No significa algo distinto que la cooperación del sector público con el sector privado, a través de un concierto (o convenio) para la prestación por parte de instituciones privadas de servicios (en este caso sociales) que son competencia de la Administración que concierta. Es una fórmula frecuente en el sistema educativo, en el sistema sanitario y en otros del ámbito social, en ocasiones criticada por dos planteamientos opuestos: por un lado, por hurtar al mercado de procesos de contratación de servicios en régimen de concurrencia competitiva; y, por otro lado, por delegar en sujetos privados lo que se asume como responsabilidades públicas.

La plasmación positiva del término ya ha sido frecuente en numerosas comunidades autónomas²⁶, y su previsión en esta Ley extremeña completa un marco normativo que solo se entiende partiendo de lo previsto en la Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura. Esta norma, aun sin emplear la nueva nomenclatura explícita, ya preveía de forma expresa el uso de conciertos para la cooperación financiera entre las Administraciones públicas con la iniciativa privada en la prestación de servicios sociales (art. 44.2 de la Ley 14/2015), reservando la denominación de «convenios» (art. 44.1 de la misma Ley) para los acuerdos de colaboración entre Administraciones, y «conciertos» para la colaboración público-privada, sin mayor detalle.

Tras la Ley de 2015 y las previsiones de esta Ley del Tercer Sector Social, en 2018, el legislador extremeño adoptó una nueva norma al respecto: la Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura. Esta última norma apela, como señaló Álvarez García (2019), a la disposición adicional cuadragésimo novena de la Ley estatal de Contratos del Sector Público de 2017. De esta forma, el legislador adoptó apenas un mes después una segunda norma, esta vez específica, para abordar «el régimen jurídico de la acción concertada con entidades que no tengan ánimo de lucro como modalidad de gestión indirecta de la prestación de servicios de

²⁶ Prueba de ello son, por ejemplo, el Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social; o el Capítulo I de la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Anterior a estas normas es la Ley aragonesa 11/2016, que se menciona *ad infra*.

atención social especializada, sanitario [sic] y sociosanitarios destinados a la atención directa a las personas en Extremadura, cuando los recursos públicos no resulten suficientes o idóneos para garantizar la cartera de servicios públicos» (art. 1.1 de la Ley 13/2018).

Toda esta nueva regulación legal sobre este asunto responde a la reivindicación del Tercer Sector Social. Este pide preservar las fórmulas de cooperación con la Administración, para fines de interés general que comparten ambas partes, dentro de un marco jurídico distinto de aquel que la Administración utiliza para su «cooperación financiera» ordinaria para la prestación de servicios, es decir, con el resto del sector privado (normalmente empresarial, con ánimo de lucro). Tal reivindicación se fundamenta, primero, en la especial importancia de estos servicios (en los que se quiere hacer primar el fin social) y, segundo, en la cualidad no lucrativa del Tercer Sector (que favorecería, precisamente, esa primacía frente al beneficio empresarial). La justificación para estas regulaciones ha sido expresada con particular nitidez por la Ley aragonesa 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario (en su parte expositiva):

«La filosofía que subyace (...) es simple: si un operador económico aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, un lucro, como consecuencia de su colaboración con la Administración pública en la prestación de servicios a las personas, sólo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación».

La nueva ley extremeña define la acción concertada como un «instrumento organizativo que atiende a la consecución de objetivos sociales» (art. 8.1), de «naturaleza alternativa y no excluyente de otras formas de gestión» (art. 8.2). Nada obliga en la Ley del Tercer Sector Social, por tanto, a que la Administración deba concertar. Por el contrario, la Ley recuerda la posibilidad administrativa de prestar el servicio directamente con sus propios medios públicos, o de que la Administración acuda a la gestión indirecta por la vía contractual ordinaria. Pero esta Ley sí consigue plasmar dos elementos jurídicos importantes. En primer término, la concertación social se reserva como instrumento potestativo de la Administración para dar cabida a la intervención del sector privado no lucrativo en la prestación de servicios sociales. En segundo término, la concertación social se dota de unos principios que ayuden a impedir su uso para la alteración del libre mercado²⁷.

²⁷ Sobre esta eventual colisión se han pronunciado las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-113/13, Caso Spezzino) y de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14, Caso Casta), en ambos casos en relación al transpor-

Dado que la acción concertada supone una clara huida de las garantías de la legislación de contratos del sector público, por las motivaciones expresadas, la Ley prevé un marco axiológico (uno más) específico para este instrumento. El artículo 9 de la Ley impone que la acción concertada se someta a los principios de publicidad²⁸, transparencia²⁹, igualdad³⁰, subsidiariedad³¹, solidaridad, no discriminación³², eficiencia presupuestaria³³, calidad asistencial, coherencia con la planificación estratégica de servicios públicos, responsabilidad social³⁴ y, finalmente, un particular compromiso de no emplear esta herramienta para alterar la competencia en el mercado³⁵.

La formulación potestativa de este instrumento no es absoluta. En virtud de la legislación autonómica previa (la ya mencionada Ley 14/2015), los denominados servicios sociales de atención social básica no pueden ser en ningún caso objeto de concierto o convenio (*vid.* art. 15, párrafo segundo).

te sanitario prestado por entidades no lucrativas, fallando a favor de que estos tipos de acción concertada no colisionaban con la libre competencia, aunque se adjudiquen los servicios con pleno reembolso de los gastos sin publicidad ni concurrencia, siempre que se trate de entidades de voluntariado, o en sentido amplio, no lucrativas.

²⁸ El legislador extremeño recoge la obligación de que existan convocatorias de acción concertada objeto de publicación en los diarios oficiales correspondientes [art. 9.a)].

²⁹ Aclara que a esta concertación le es de aplicación la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura [art. 9.b)].

³⁰ El legislador impone, mediante este principio, que la atención prestada en régimen de concertación debe ser equiparable a la dispensada directamente por la Administración con sus propios medios [art. 9.c)].

³¹ La Ley aclara que la subsidiariedad debe, además, acreditarse, señalando la Administración que inicie un procedimiento de concertación «las circunstancias que justifican» esta opción [art. 9.d)].

³² El artículo 9.f) aclara que se refiere a la no discriminación entre entidades que puedan optar a la concertación.

³³ Resulta revelador que el legislador, con respecto a este principio, haya aclarado [art. 9.g)] que el régimen general de la contraprestación económica por las acciones concertadas excluye la cofinanciación por parte del Tercer Sector Social, cubriendo los «costes totales» del servicio.

³⁴ Este principio es reflejo fiel del intento del legislador por no reducir el nivel de exigencia ética de esta fórmula de concertación respecto del régimen general de la contratación pública extremeña, puesto que replica, en la explicación de este precepto [art. 9.j)], las exigencias de «requerimientos sociales y medioambientales», por ejemplo, en clara alusión a la que sería aprobada, poco después como Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura.

³⁵ Este último principio plantea el mayor conflicto teleológico y pragmático del catálogo. Resulta inevitable preguntarse qué sentido tiene no «aplicar una política de precios inferior al promedio del mercado» [art. 9.k)] cuando son entidades que renuncian, explícitamente, al beneficio empresarial, de un lado, y en muchos casos a una parte importante de costes salariales, al presumirse en ellas la participación de voluntariado, por otro lado.

Como anticipaba *ad supra*, la posterior Ley 13/2018, completará una regulación exhaustiva de este mecanismo, que incluirá desde aspectos conceptuales (art. 2) hasta la constitución de una comisión de seguimiento (art. 16), pasando por una previsión potestativa para la creación de registros específicos de entidades que presten servicios concertados (art. 17), o reglas específicas sobre la limitación de la concertación (art. 9). Por falta de espacio, no procede en este momento realizar un análisis más pormenorizado de esta segunda Ley.

C) *Nuevos y viejos instrumentos para la participación social*

El Capítulo IV de la Ley trata «la participación del Tercer Sector Social, el diálogo civil y la interlocución social». Para ello, realiza precisiones sobre el específico derecho de participación de la sociedad civil organizada con fines sociales (art. 10), trata de distinguir dos niveles de participación (sectorial y general, art. 11), y eleva a rango de ley aspectos ya regulados previamente de participación orgánica (arts. 12 y 13) o especificidades de regímenes generales de participación administrativa orgánica (art. 14).

a) El derecho a la participación del Tercer Sector Social

En lo relativo a la ordenación legal del derecho de participación, pueden realizarse las siguientes tres apreciaciones.

En primer término, la redacción poco afortunada de la Ley (de nuevo) parece conceder el mismo derecho de participación («conjunta») al Tercer Sector Social y a las Administraciones públicas extremeñas (art. 10.1), como si estas lo requiriesen, o como si su intervención pudiera considerarse participación ciudadana cuando elaboran políticas públicas. Sea como fuere, desde el punto de vista teleológico parece que el legislador persigue situar al Tercer Sector Social en un plano de igualdad con las Administraciones públicas. Indicio de ello puede ser la capacidad de iniciativa de ambos actores para activar los mecanismos participativos (art. 10.2).

En segundo término, para garantizar los derechos participativos se instituye legalmente el instrumento por antonomasia de la participación sectorial: el llamado diálogo civil³⁶. Esta ley (art. 10.2) dota a tal instrumento de su

³⁶ Sobre este concepto, los distintos modelos jurídicos implementados en nuestro país, y la trayectoria de su incorporación en el derecho positivo extremeño, véase los capítulos sobre Extremadura de los Anuarios de los años 2016 y 2017.

propio catálogo de principios, a los que sirve: transparencia, participación, eficacia, coherencia, rendición de cuentas y subsidiariedad.

En tercer término, el derecho de participación aquí tratado, como suele suceder con estos derechos participativos, no se agota en el ámbito territorial autonómico. La Ley impone el deber de dar cabida a esta participación a todas las Administraciones públicas de Extremadura «con responsabilidades en el ámbito de la asistencia social» (art. 10.3), lo que incluye a las administraciones locales³⁷.

b) La participación general y las reformas legales sobre la Mesa del Diálogo Civil

Aclarados los contenidos legales del derecho de participación, la Ley da paso a una distinción entre la participación general del Tercer Sector Social, y su eventual participación sectorial. El artículo 11, necesariamente interpretado a la luz de los siguientes preceptos (arts. 12, 13 y 14), parece considerar como participación general aquella producida en el marco de la Mesa del Diálogo Civil del Tercer Sector Social, y como participación sectorial la que tenga lugar en los distintos órganos colegiados de las Administraciones donde se dé cabida, por mandato de esta Ley, al Tercer Sector Social, según corresponda.

La Ley no crea el mecanismo de la Mesa del Diálogo Civil (existente como órgano colegiado desde 2017), pero sí eleva a rango legal parte de su anterior contenido reglamentario, por un lado, y altera sutil pero profundamente ciertos aspectos fundamentales de su existencia, por otro lado.

El contenido que la Ley reproduce del anterior régimen, con apenas algunas actualizaciones, es el artículo 3 del Decreto 8/2017, de 7 de febrero, que en la Ley se encuentra, esencialmente, como artículo 13. Desde el punto de vista funcional, el nuevo régimen legal conserva la legitimación representativa, la capacidad propositiva y deliberativa, y la capacidad autoorganizativa. En realidad, el precepto sobre sus funciones apenas cambia más allá de las referencias nominales que obedecen a la transformación que veremos a continuación.

A pesar de la preservación del órgano, este deja de ser la Mesa del Diálogo Civil del Tercer Sector, en su máxima amplitud sectorial, para conver-

³⁷ El artículo 25.2.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, recoge que es competencia propia de los municipios la «(E)valuación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social».

tirse en un órgano para el Tercer Sector Social, como parte especial. En realidad, la composición no cambia, lo que da una idea de que la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura se considera a sí misma, y es reconocida por los poderes públicos, como una institución esencialmente del Tercer Sector Social, más que del Tercer Sector General. Sin embargo, esta es la transformación de gran calado que anticipaba. A pesar de la posible realidad de hecho previa, ahora es una realidad de derecho que la participación en esta institución obedece a un enfoque restrictivo del Tercer Sector Social, excluyendo a todo aquel que no sea reconocido por su carácter social. Esta circunstancia puede ahondar, a medio plazo, en los conflictos de legitimidad ya advertidos años atrás, en este mismo Anuario³⁸.

c) Nuevas previsiones sobre la participación sectorial social

La Ley califica como participación sectorial aquella que da cabida al Tercer Sector Social en otros «órganos colegiados, consejos sectoriales o grupos de trabajo y participación», distintos de la Mesa del Diálogo Civil (art. 14). Para la realización de esta participación, establece una regla general de identidad, es decir, las entidades del Tercer Sector Social tomarán parte en dichos órganos cuando se cumpla una simetría entre tales entidades y el órgano referido, con respecto a dos elementos identitarios: el ámbito territorial y el ámbito material de intervención (actuación y fines). Si son coincidentes entre entidades y órganos, la Administración parece obligada a dar cabida a la participación de tales entidades. No obstante, existen otros criterios orientadores de tal participación orgánica: 1) debe producirse respetando las reglas de paridad en la designación de las personas físicas [art. 14.2.b)]; 2) la legitimación de la entidad más representativa no impide a las demás desarrollar su propia interlocución (informal), según el artículo 14.3) de la Ley; y 3) a pesar de que la Mesa del Diálogo Civil quede adscrita a la Presidencia de la Junta, y aunque cada órgano sectorial puede tener una dependencia orgánica distinta, el artículo 14.4) de la Ley responsabiliza a la consejería competente en materia de política social de garantizar aquellos procesos participativos calificados como sectoriales en esta norma.

³⁸ Resulta curioso que esta tendencia siga una senda aparentemente contradictoria con la que se observa, al año siguiente, en materia de legislación sobre voluntariado, pasando una Ley 1/1998, de 5 de febrero, reguladora del Voluntariado Social en Extremadura, a la Ley 12/2019, de 11 de octubre, del voluntariado de Extremadura, en la que desaparece el calificativo especial social. Habrá que prestar atención, en los próximos años, a cuál es el sentido real que le confiere el Ejecutivo a estas normas mediante las disposiciones reglamentarias que las desarrollen.

D) *La programación legal para la promoción del sector*

El Capítulo V y último de la Ley contiene la mayor parte de las cláusulas programáticas de esta norma. Su realización efectiva está encomendada, en su mayor parte, a la actuación del Ejecutivo autonómico. El legislador traza una hoja de ruta sin punto de llegada fijo, abusando de la repetición de contenidos.

La programación legal se apoya en un instrumento principal, de planificación administrativa, que el artículo 16 denomina Plan de Impulso y Promoción de las Entidades del Tercer Sector Social en Extremadura. Se trata, quizá, del mandato menos hueco del capítulo. El Plan es elaborado por la Consejería competente en política social de la Junta de Extremadura (con la colaboración de la representación del Tercer Sector Social). En síntesis, el Plan debe incluir los siguientes aspectos mínimos (art. 16.1): 1) aspectos analíticos que justifiquen las posteriores medidas; 2) medidas dirigidas al propio sector (para fortalecerlo); 3) medidas dirigidas a la sociedad (para que valore el sector); 4) medidas dirigidas al sector público (para aclarar «el modelo de cooperación» de este con el Tercer Sector Social); 5) la financiación de las medidas; 6) criterios de calidad de las medidas y su correspondiente sistema de evaluación; y 7) especial atención a la participación de la mujer en el sector. La principal debilidad de este instrumento legal es su sometimiento a la orientación política del Ejecutivo autonómico. Esta subordinación se deduce, primero, de quien lo aprueba, a pesar de una difusa colaboración descrita para el sector. Pero, en segundo lugar, la dependencia de la plena orientación política del gobierno autonómico se revela con nitidez por la propia periodicidad de la planificación, que es de cuatro años, «al inicio de cada legislatura». Por lo tanto, ningún acuerdo con el sector que quede recogido en tal Plan tiene visos de sobrevivir más allá de las elecciones autonómicas³⁹. El plan cuenta con dos instrumentos de evaluación directa: a) mediante un informe anual, «de seguimiento de su ejecución» (art. 16.1), aunque no se explicita quién lo debe elaborar (en su defecto, debemos presumir que la misma Administración que adopta el Plan); y b) mediante un «informe de evaluación de resultados», al caducar la vigencia del mismo (presumiblemente, a los cuatro años).

³⁹ Es cierto que la norma tampoco aclara si el Plan puede ser modificado sustancialmente a mitad del período, una vez adoptado, y si el Plan perdura (aunque sea una forma indicativa) para un Ejecutivo resultante de una moción de censura sin cambio de legislatura, o si una nueva legislatura iniciada antes de finalizar la vigencia de cuatro años del plan. La literalidad del precepto puede resultar contradictoria, al presumir que cualquier legislatura dura, necesariamente, cuatro años.

Un instrumento secundario, tributario del plan, es un tercer informe periódico sobre «la acción de promoción», es decir, de nuevo sobre el contenido de la planificación antedicha (o que trascienda tal planificación, pero en ese caso revelaría una planificación poco efectiva, incapaz de abarcar toda la acción promotora). Lo elaboran los mismos sujetos que los anteriores, es decir, la consejería ya aludida con la colaboración del sector. Sin embargo, este tercer informe (art. 16.2) debe ser aprobado con una periodicidad distinta de los dos anteriores, y está sujeto, para su existencia formal, a la aprobación por parte de la Mesa del Diálogo Civil. Su contenido es más propositivo (con «orientaciones» para la mejora de la promoción) que analítico. El primer elemento susceptible de confusión es la periodicidad del propio informe, que según la Ley es bianual, esto es, de dos informes al año. Posiblemente, por lo que se puede deducir del conjunto del texto, el legislador querría haber dicho bienal, es decir, cada dos años. Tras su aprobación formal, debe ser publicado en el Portal de Transparencia (art. 16.4).

Para la promoción del sector, las Administraciones (todas ellas) no solo colaboran con este, sino que pueden desarrollar «alianzas y colaboraciones» (art. 17.1.b) con «otros agentes». En concreto, la Ley sugiere una «especial atención» a las «fundaciones bancarias y a otras entidades financieras» (art. 17.1), aunque luego ejemplifica esta cooperación como de tipo interadministrativo.

Dentro del mismo esquema precedente de sinergias, la Junta de Extremadura figura como la única Administración aludida de forma expresa con deberes pretendidamente concretos (art. 17.2). En virtud de este precepto, parece obligada a dos intervenciones: elaborar e impulsar iniciativas de fortalecimiento del sector. En primer lugar, si las elabora, podemos presumir que serán propias, muy similares a las que deberían contenerse en el Plan del artículo 16 (aunque esta nueva obligación no aparece vinculada al mismo). La segunda obligación, en cambio, se derivaría de la alusión a su deber de impulsar iniciativas con el mismo fin, que permite inferir que deberá también ser proactiva en el apoyo a las iniciativas ajenas. El contenido de estas otras iniciativas es el mismo que las medidas del plan: sensibilización social y empresarial, formación y apoyo directo a entidades, etc.

Como complemento a las obligaciones del sector público, la Ley configura al propio sector objeto de regulación como responsable de su propio impulso y reconocimiento. El artículo 18 insta a sus organizaciones y redes a diseñar «una iniciativa para dar a conocer» al propio Tercer Sector Social. Para ello, pueden recabar el apoyo de la Junta de Extremadura. Poco dice la Ley con respecto al formato de tal iniciativa, pero sí del contenido y de sus

canales de realización. A pesar de una sistemática poco afortunada, podemos deducir que el objeto o contenido de tal «iniciativa» versa sobre «la difusión de información básica» del sector y «su contribución en términos cuantitativos a la sociedad extremeña» [art. 18.1.a)]. Los canales para esta difusión serían (al menos) los tres siguientes: el contacto periódico del Tercer Sector Social con el sector público y otros agentes [art. 18.1.b)], la participación en acciones en medios de comunicación [art. 18.1.c)], y las acciones de información y sensibilización en centros de enseñanza [art. 18.1.d)].

En un claro enfoque introspectivo, la Ley insta al Tercer Sector Social a colaborar entre sus propias redes y entidades, mediante el intercambio de información y buenas prácticas, y el análisis compartido de la realidad (art. 18, apartados 2 y 3).

El artículo 19 constituye un ejemplo de reiteración del legislador, que vuelve a situar a las Administraciones públicas como sujetos responsables de instar la cooperación entre Tercer Sector Social y sector empresarial. El único contenido realmente inédito de este precepto, con respecto al resto de la norma, es la previsión explícita del desarrollo de instrumentos de mediación entre sectores [art. 19.1.c)]. No obstante, también puede resultar útil la concreción de dicho impulso generalista mediante dos ejemplos legales. El primer ejemplo es el impulso de los métodos de transferencia económica del sector privado lucrativo al no lucrativo, sobre lo cual menciona expresamente el mecenazgo, el patrocinio y otros negocios jurídicos específicos [art. 19.2.a)]. El segundo ejemplo es la alusión al voluntariado corporativo como resultado de la responsabilidad social empresarial [art. 19.2.b)].

Si los tres informes regulados por los artículos 16 y 17 resultaran insuficientes, el artículo 20 de la Ley se refiere de forma exclusiva a la «evaluación» de las políticas públicas, lo que da pie a que el sector público quede obligado a promover «evaluaciones independientes y periódicas» distintas de las propias ya mencionadas, y sobre dos objetos (art. 20.1). Esta evaluación externa debe abordar, de una parte, «el impacto social de las políticas públicas», es decir, la acción propia del sector público (en materia de acción social, se entiende). Pero, de otra parte, la Ley también contempla que las evaluaciones externas versen sobre la acción social ejecutada por el Tercer Sector Social, cuando esta sea resultado de cofinanciación pública. En ambos casos, tales evaluaciones deben ser publicadas en el Portal de Transparencia de la Junta de Extremadura (art. 20.2).

La Ley concluye su articulado con una serie de cláusulas referidas al personal de las entidades del sector. Algunos de estos mandatos pueden ser calificadas como superfluos porque señalan un contenido que ya forma parte

del ordenamiento jurídico: que las entidades deben cumplir los convenios colectivos y la legislación laboral, que no pueden incurrir en discriminación, o que el voluntariado no puede sustituir puestos de trabajo. No obstante, también incluye algunos mandatos que sí pueden suponer un cierto valor añadido: la expresa habilitación para la adopción de medidas de igualdad positiva en los procesos de selección, y la reclamación de un grado efectivo de participación del personal laboral en la gestión de la entidad y «su promoción en puestos de responsabilidad». En todo caso, este último aspecto puede colisionar frontalmente con la libertad asociativa o fundacional, que con frecuencia reserva el gobierno de las entidades a sujetos que no pueden recibir remuneración por ello. La única interpretación coherente de ambas normas es que los puestos de responsabilidad serán de naturaleza técnica, y no necesariamente de dirección política.

Por último, la disposición adicional única (que debería ser transitoria) concede un plazo de dieciocho meses a las entidades para adaptarse al régimen de la Ley. Son seis meses más de los que la Ley concede (doce meses) a la Junta de Extremadura, en virtud de la disposición final primera, para dictar las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación y desarrollo de la Ley. Por este último motivo, al cierre de este estudio (octubre de 2019) aún es pronto para ponderar el cumplimiento de este mandato, vigente desde el 28 de noviembre de 2018.

IV. Otras reformas normativas sobre el Tercer Sector Social

Con anterioridad a la promulgación de la Ley del Tercer Sector Social, analizada *ad supra*, los poderes públicos extremeños afrontaron algunas reformas normativas menores que afectan a la posición del sector no lucrativo en general, y fundacional en particular, en el esquema general para su participación social e institucional.

Por un lado, conviene subrayar las tres precisiones y reformas introducidas por la Ley 3/2018, de 21 de febrero, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de la Comunidad Autónoma de Extremadura. La primera de ellas se contiene en el artículo 11.6 de la Ley, el cual prevé un régimen de autorización administrativa (reservada a la Consejería competente en materia de comercio) para que las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios puedan «promover o participar» en fundaciones. La segunda se encuentra en el artículo 35.3.a) de la misma Ley, que prohíbe expresamente a los órganos de gobierno de dichas Cámaras la adopción de decisiones orientadas a su «integración, participación, o promoción» de

fundaciones, cuando estos órganos se encuentren en funciones, dentro de lo previsto por el régimen electoral. La tercera referencia subrayada, la auténtica reforma, es operada por la Disposición final segunda, que modifica el artículo 3 de la Ley 3/1991, de 25 de abril, sobre creación del Consejo Económico y Social de Extremadura. Esta alteración del precepto se realiza con el objeto de incorporar, al Pleno del Consejo Económico y Social, un representante del denominado «Tercer Sector de acción social»⁴⁰, designado por la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura. Esta reforma tuvo pleno efecto mediante la Resolución de 10 de abril de 2018, del Consejero de Economía e Infraestructuras, por la que se dispone el nombramiento de un miembro del Consejo Económico y Social de Extremadura en representación del Tercer Sector de acción social perteneciente al Grupo Tercero.

Por otro lado, es necesario recordar otra reforma organizativa relevante para el Tercer Sector, aunque sea de forma sucinta, dado que ya fue reseñada en el Anuario de 2017. Mediante el Decreto 27/2018, de 13 de marzo, por el que se modifica el Decreto 8/2017, de 7 de febrero, la Junta de Extremadura introdujo tres aspectos funcionales en la Mesa del Diálogo Civil. Estos son los siguientes: la posibilidad de designar sustitutos para los representantes del Tercer Sector en dicho órgano; la incorporación de un secretario técnico con voz, pero sin voto; y, finalmente, la previsión positiva de la capacidad del órgano de invitar, ocasionalmente, a expertos u otros representantes por razón de la materia tratada en las sesiones de la Mesa.

Por último, un breve análisis de los actos y otras disposiciones publicadas en el Diario Oficial de Extremadura, que aluden expresamente a fundaciones, revela que se mantiene una actividad fundacional similar a la de ejercicios anteriores. Esto supone que la mayor parte de los actos jurídicos y disposiciones publicadas (que incluyan referencias explícitas al sector fundacional) tienen por objeto la gestión de ayudas públicas (hacia fundaciones o desde fundaciones públicas), bien por concesión directa o convenios, bien por convocatoria en concurrencia competitiva expresamente abierta a entidades del sector fundacional, pero siempre para la realización de diversas iniciativas privadas de interés general. Destaca esta cooperación, muy especialmente, en el ámbito de las políticas de empleo.

⁴⁰ Nótese el empleo de la terminología propia de la Ley estatal de 2015.

V. Conclusiones

De acuerdo con el método de análisis empleado, las conclusiones de este estudio pueden estructurarse en tres categorías: 1) aquellas que resultan de los datos sociales, no jurídicos, del sector durante 2018, comparados con los de años anteriores; 2) aquellas que se derivan del análisis de la principal norma estudiada (la Ley extremeña del Tercer Sector Social); y, 3) aquellas conclusiones que son fruto de otras reformas normativas producidas, con incidencia sobre el sector fundacional, a lo largo de 2018.

Con respecto al primer conjunto de conclusiones, la comparativa interanual de los datos parece probar que el sector fundacional en Extremadura se encuentra socialmente consolidado, tiene un alto grado de influencia en la sociedad civil organizada, y crece de forma moderada. Sin embargo, sigue siendo obvio que carecemos de un conocimiento suficiente (por ejemplo, siguen existiendo cifras o de difícil verificación), por lo que serían pertinentes otros estudios desde distintas disciplinas científicas, o incluso con enfoques interdisciplinarios. Por último, parece razonable afirmar que el sector público sigue siendo de enorme importancia para el sector fundacional, tanto por la transferencia de capital hacia ciertas fundaciones privadas, como por el papel destacado que desempeñan, dentro y fuera de Extremadura, algunas fundaciones públicas.

En relación con la Ley extremeña del Tercer Sector Social, el análisis realizado arroja al menos tres resultados claros.

En primer lugar, parece obvio que la Ley autonómica es más generosa que la estatal en el establecimiento de mandatos y marcos de colaboración público-privada, lo que supone un mayor grado de obligación pública, y de legalización de instrumentos.

En segundo lugar, la técnica jurídica es muy deficiente, hasta el punto de que incurre en incongruencias lingüísticas y reiteraciones innecesarias, que dificultan su análisis, y posiblemente, en el futuro, compliquen su aplicación efectiva.

En tercer lugar, no parece suficientemente justificada la determinación del legislador por ceñir la regulación a un tipo especial del Tercer Sector, excluyendo a una considerable y muy relevante parte de la sociedad civil organizada de las buenas perspectivas programáticas de la Ley. Tal vez, en la propia elaboración de la norma, haya faltado una visión interdepartamental más amplia, que enriqueciera el palpable liderazgo ejercido, en la elaboración del texto, por la Consejería competente en materia de política social, y por las entidades especializadas en la acción social. Pero el Tercer Sector es sujeto

interlocutor, y objeto de fomento y regulación, por parte de muchos otros departamentos de la Administración autonómica, cuya huella no se encuentra reflejada en este texto. A pesar de la satisfacción expresada por el sector tras la aprobación de la norma, esta no resiste con comodidad un análisis crítico en profundidad. Considero especialmente reprochable el paso atrás que supone la restricción objetiva de la Mesa del Diálogo Civil a las cuestiones de acción social.

En definitiva, la Ley obedece a una verdadera demanda y a una necesidad cierta, de la que era muestra la histórica reivindicación del sector sobre la regulación de obligaciones públicas de promoción, y sobre garantías internas, sin que el resultado destaque por su resolución de conflictos preexistentes, ni por su innovación jurídica, ni por un verdadero valor añadido al ordenamiento.

El resto de reformas jurídicas operadas son, en realidad, de naturaleza técnica muy concreta, sin que existan indicios para dudar de su pertinencia y racionalidad. Puede destacar, quizá, la incorporación de la Plataforma del Tercer Sector al Consejo Económico y Social. Representa (esta medida del legislador) una adecuación del organismo público a la nueva realidad de la sociedad civil, tras muchos años de incomprensible desconexión. Quizá reste aún una reforma más garantista con el importante principio del pluralismo en la representatividad del Tercer Sector, dando cabida no solo a la máxima plataforma coordinadora, sino también a aquellas especializadas sectorialmente⁴¹, cuya contribución al trabajo general del CES sería muy enriquecedora.

Referencias

- ÁLVAREZ GARCÍA, V. (2019), «Extremadura», en VV.AA., *Informe de Comunidades Autónomas 2018*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, Observatorio de Derecho Público, pp. 205-224.
- ASOCIACIÓN EXTREMEÑA DE FUNDACIONES (2019), *Memoria [de] Actividades 2018*, pp. 1-67.

⁴¹ Me refiero, por ejemplo, a la Red Europea de Lucha contra la Pobreza (EAPN) en Extremadura, a la Coordinadora extremeña de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (CONGDEx), a la Plataforma de Voluntariado de Extremadura, o a la propia Asociación Extremeña de Fundaciones. La integración de la mayoría de estas en la Plataforma del Tercer Sector, como ya se advirtió en estudios previos del Anuario, no basta para la eficiencia demostrada por otras prácticas de Diálogo Civil más pluralistas, en términos de la heterocomposición de intereses colectivos.

- CALVO VÉRGUEZ, J. (2015), «La nueva Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector Social de acción social: un nuevo marco de actuación para las entidades del Tercer Sector Social», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, pp. 13-25.
- HERNÁNDEZ DIEZ, E. (2018), «Las fundaciones en Extremadura durante 2017: participación administrativa y gestión de la inversión pública en programas de interés general», *Anuario de Derecho de Fundaciones 2017*, núm. 1, pp. 321-342.
- MORENO Piñero, J. C. (2015), *El tiempo de las fundaciones: análisis del régimen jurídico de las fundaciones y propuesta para un futuro renovado*, Universidad de Extremadura (tesis doctoral).
- MUÑOZ MACHADO, S. (2002), «La contribución de las organizaciones sociales a la transformación del Estado del Bienestar», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras de bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid: Ed. Civitas-Escuela Libre Editorial, pp. 710-711.
- PICORNELL LUCAS, A. (2016), «Tercer Sector, Crónica de Legislación (junio-diciembre de 2015)», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio 2016, pp. 361-363.
- ROSSI, E. (2014), «La regulación jurídica del Tercer Sector Social en Italia y el proyecto de Ley C2617 de 2014», *Revista catalana de dret públic*, núm. 49, pp. 102-113.
- SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y REGISTROS DE LA JUNTA DE EXTREMADURA (2019), *Informe anuario estadístico 2018*, pp. 1-9.

El Tercer Sector de acción social en las Islas Baleares

Joana M. Socías Camacho

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de las Islas Baleares

Vicente Juan Calafell Ferrá

Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR SOCIAL.—III. LA COLABORACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA PROMOCIÓN DEL TERCER SECTOR SOCIAL.—IV. LA ACCIÓN CONCERTADA.

RESUMEN: La Ley 3/2018, de 29 de mayo, del Tercer Sector de acción social, tiene por objeto crear un marco legal del Tercer Sector Social de Baleares, a través de las organizaciones y redes que lo conforman. Se trata de una Ley muy importante porque implica un reconocimiento al papel histórico que en las Islas Baleares han protagonizado las entidades del Tercer Sector Social en lo que se refiere a la atención a los colectivos más vulnerables, así como también en relación a la construcción del sistema de servicios sociales. Para formalizar la cooperación con las organizaciones del Tercer Sector Social en la provisión de servicios de responsabilidad pública en el ámbito de la intervención social, se establece lo que se conoce como la acción concertada, regulada en la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

SUMMARY: Law 3/2018, of May 29, of the third sector of social action, aims to create a legal framework for the third sector of the Balearic Islands, through the organizations and networks that comprise it. It is a very important Law because it implies a recognition of the historical role that the Balearic Islands have played the third sector in terms of attention to the most vulnerable groups as well as in relation to the construction of the system of social services. To formalize the cooperation with the organizations of the third social sector in the provision of public responsibility services in the field of social intervention, what is known as the concerted action is established, regulated by Law 12/2018, of November 15, of services to people in the social field in the Autonomous Community of the Balearic Islands.

PALABRAS CLAVE: Tercer sector, acción social, entidades del Tercer Sector Social, acción concertada.

KEY WORDS: Third sector, social action, entities of the third social sector, concerted action.

I. Introducción

En la primavera de 2018, el Parlamento de las Islas Baleares aprueba por unanimidad —como resultado de una proposición de ley presentada conjuntamente por todos los grupos parlamentarios de la cámara y tramitada por lectura única— la Ley 3/2018, de 29 de mayo, del Tercer Sector de acción social (en adelante, LTS), con el objeto de crear un marco legal del Tercer Sector Social de Baleares, a través de las organizaciones y redes que lo conforman. A los efectos de no sólo reconocer sino también de fomentar la labor de las entidades del Tercer Sector Social, la LTS establece un marco regulador cuya finalidad principal es fortalecer la capacidad de interlocución de dichas entidades con sus usuarios, pero también con las administraciones públicas y el resto de la sociedad, con el objetivo final de favorecer la aplicación, el seguimiento y la evaluación de las políticas sociales.

La LTS es importante porque implica un reconocimiento al papel histórico que en las Islas Baleares han protagonizado las entidades del Tercer Sector Social en lo que se refiere a la atención a los colectivos más vulnerables, así como también en relación a la construcción del sistema de servicios sociales. La protección de estos colectivos de personas a través de diversas entidades —como, por ejemplo, de discapacitados, de inclusión, de salud mental, de voluntariado, de economía alternativa— está recogida en el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (Ley orgánica 1/2007, de 28 de febrero): el Preámbulo del texto fundamental autonómico indica que las Islas Baleares «son una comunidad de personas libres y para personas libres, donde cada persona puede vivir y expresar identidades diversas, con espíritu decidido de cohesión, fundamentado en el respeto a la dignidad de todas y cada una de las personas»; el artículo 12.3 señala que las instituciones de Baleares tienen que promover «el desarrollo sostenible encaminado a la plena ocupación, la cohesión social y el progreso científico y técnico de forma que se asegure a toda la ciudadanía el acceso a los servicios públicos y el derecho a la salud, la educación, la vivienda, la protección social, el ocio y la cultura»; y el artículo 15.2 consagra el derecho de participación en los asuntos públicos de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, derecho cuyo reconocimiento concreto en relación con el sistema de servicios sociales viene de la mano del artículo 50 de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios

sociales de las Islas Baleares («El sistema de servicios sociales, para la consecución de sus fines, cuenta con la participación de la ciudadanía a lo largo de todo el ciclo comprendido entre la planificación, la gestión y la evaluación de su actuación. Siempre que sea posible, las decisiones relativas al sistema de servicios sociales se deben tomar con la participación de la ciudadanía»).

El llamado Tercer Sector Social de Baleares abarca un conjunto de entidades que prestan servicios públicos a las personas y a sus familias, aunque también a la administración pública y a la sociedad en general. Como bien explica la Exposición de Motivos de la LTS, «la misión del Tercer Sector Social es estar al lado de los colectivos en situaciones de vulnerabilidad para ayudarles a lograr la misma igualdad de oportunidades que el resto de ciudadanos. A través de este contacto directo y próximo, es cuando las Entidades del Tercer Sector Social (ETSS) han desarrollado un conocimiento de los problemas sociales muy útil para el desarrollo sostenible y la cohesión social de nuestra sociedad».

Para poder ser consideradas organizaciones del Tercer Sector Social de las Islas Baleares a los efectos de la LTS, las citadas entidades deben reunir una serie de requisitos y características (art. 3), entre los que cabe destacar el de ser entes «que forman parte de la sociedad y surgen de ella y para ella». Es decir, se trata de organizaciones que «surgen de la sociedad y mantienen, desde su origen, un vínculo y un compromiso estable con el territorio de las Islas Baleares y con las personas, las familias, los grupos, los colectivos o las comunidades destinatarios de su actividad, o están constituidas directamente por las propias personas y familias destinatarias; y se dirigen además a colectividades indeterminadas de personas y no a personas determinadas». De acuerdo con esta exigencia, la LTS impone que estas entidades adopten unas determinadas formas jurídicas, una de las cuales es —precisamente— la de fundación.

II. Las características de las entidades del Tercer Sector Social

A) La LTS reconoce las entidades del Tercer Sector Social y sus redes como aquellas asociaciones privadas e independientes que actúan bajo los principios de participación social, justicia social y solidaridad entre personas y entidades, y cuya labor se realiza con criterios de calidad, participación, responsabilidad social y transparencia. Dicho en otras palabras, la LTS insta a que las entidades del Tercer Sector Social favorezcan la participación activa de los diferentes colectivos en su vida interna y en su actividad externa, promuevan el voluntariado y la ayuda mutua, y garanticen, de la mano de las administraciones públicas, una actuación dirigida al ejercicio efectivo de los

derechos sociales para favorecer al máximo el acceso al empleo, a la vivienda, a los servicios sociales, a la educación y a la salud. Para ello la LTS impulsa la colaboración transversal entre el sector público y las organizaciones del Tercer Sector Social, es decir, una colaboración capaz de implicar todos los sistemas de responsabilidad pública y ámbitos relacionados con la protección social y las políticas sociales.

Para que se puedan diferenciar y reconocer administrativamente las entidades del Tercer Sector Social de otras asociaciones y entidades que realizan acciones similares, la LTS exige que aquéllas sean entidades sin ánimo de lucro, orientadas a solucionar los problemas de las personas y los colectivos que atienden, a defender sus derechos, además de a estimular la participación y el diálogo democrático en el seno de sus organizaciones. En particular, según la LTS, las entidades del Tercer Sector Social realizan dos grandes tipos de actividades: a) las denominadas actividades de intervención social de los servicios sociales, tales como la promoción del acceso al empleo, las actividades de inserción laboral y formación para la calificación profesional así como cualquier otra actividad con la finalidad mencionada en el espacio socio-laboral, socio-habitacional, socio-educativo, socio-sanitario, socio-judicial o socio-cultural, entre otros; y b) las denominadas actividades sociales de interés general, que son aquellas actividades de intervención social llevadas a cabo por organizaciones no lucrativas, realizadas por personal remunerado o por personal voluntario, de manera desinteresada y libremente (por ejemplo, la sensibilización, denuncia, participación en procesos de elaboración o modificación de normas o interlocución con el sector público y otros agentes sociales; la promoción y articulación de la solidaridad organizada y la participación social de la ciudadanía y, en particular, del voluntariado social, la ayuda mutua y el asociacionismo de las personas destinatarias; o la detección de necesidades, investigación e innovación, entre otras). Una singularidad a resaltar es que las prestaciones y los servicios de responsabilidad pública en el ámbito de la intervención social constituyen un sistema de servicios sociales que habitualmente son de carácter no económico; no obstante, excepcionalmente, podrán ser considerados como servicios de interés económico general, en los términos en que estos conceptos son definidos en la normativa de referencia de la Unión Europea, tanto si son provistos directamente por las administraciones públicas, como si estas cuentan con la colaboración de la iniciativa privada.

B) A los efectos de otorgar un reconocimiento oficial a las entidades del Tercer Sector Social, la LTS insta al Gobierno balear a la creación de un censo público de dichas organizaciones, que deberá mantenerse actualizado. Dicho censo se integrará en el Registro General de Entidades de Iniciativa Social y podrá ser consultado en la web del Gobierno autonómico. La acre-

ditación del cumplimiento de los requisitos para la inscripción de las entidades del Tercer Sector Social en el mencionado censo se hará con la comprobación de lo que establezcan los estatutos, del acta fundacional o del documento de constitución de la entidad, así como de la presentación de la memoria de actividades anual; además, las entidades tendrán que acreditar el cumplimiento de las obligaciones de las organizaciones y el estatuto del voluntario del título II de la Ley 3/1998, de 18 de mayo, del voluntariado de las Islas Baleares (que recientemente ha sido sustituida por la Ley 11/2019, de 8 de marzo, de voluntariado de las Islas Baleares), mediante la presentación de una declaración responsable.

C) Las entidades del sector social reconocidas y censadas tendrán un estatus relevante en lo que la LTS denomina proceso del diálogo ciudadano, que constituye un proceso formal de interlocución y colaboración entre el sector público y las organizaciones y redes del Tercer Sector Social, a nivel ejecutivo y reglamentario, para orientar, impulsar y evaluar las políticas sociales así como para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los colectivos afectados. Este diálogo se vehiculará fundamentalmente a través del Consejo de Servicios Sociales de las Illes Balears y del Consejo Económico y Social de las Illes Balears.

III. La colaboración en la prestación de servicios públicos y la promoción del Tercer Sector Social

A) Las condiciones de colaboración en la provisión de servicios públicos, a través de subvenciones, contratos o conciertos, constituye una de las partes más interesantes de la LTS. El legislador quiere reconocer la importancia de la relación histórica que tienen las entidades del Tercer Sector Social en algunos sectores de servicios sociales, así como la importancia singular que tienen algunas entidades para sus usuarios. Por esta razón, la LTS prevé una colaboración preferente en el sistema balear de servicios sociales, de la que tienen que disfrutar sobre todo las entidades del sector público social (por encima de las entidades privadas), fundamentalmente cuando se trata de proyectos de especial complejidad y de gran potencial innovador. En tales casos se considera que la colaboración con el sector público es fundamental. Piénsese, por ejemplo, en los casos de participación por parte de las entidades del Tercer Sector Social en el acompañamiento social a las personas y familias a lo largo de todo el proceso de intervención, ejerciendo desde el inicio actividades de contacto con las personas destinatarias, que permitan que estas tengan conocimiento de los recursos, así como de acogida inicial, informa-

ción, orientación y derivación hacia los servicios de acceso al sistema balear de servicios sociales.

La formalización de la colaboración a la que se hace referencia habrá de realizarse a través de conciertos y convenios establecidos en la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Islas Baleares, y en la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Se trata, en definitiva, como veremos con más detalle más abajo, que las condiciones de colaboración reconozcan la personalidad histórica y las singularidades de determinadas entidades del Tercer Sector Social y por ello se facilitan los conciertos directos de manera que dichas entidades no tengan que estar sometidas al sistema de contratación pública como si fueran entidades privadas.

Las organizaciones del Tercer Sector Social que cooperen con las administraciones públicas baleares en la provisión de servicios sociales de responsabilidad pública o colaboren en otras actividades sociales de interés general habrán de cumplir con toda una serie de obligaciones, tales como: a) garantizar unas condiciones laborales dignas al personal remunerado, cumpliendo los convenios colectivos de referencia, así como unas condiciones adecuadas al personal voluntario, de acuerdo con la legislación del voluntariado; b) ser transparentes y rendir cuentas, interna y externamente, según la legislación vigente (art. 77.3 de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Islas Baleares); c) considerar y evaluar el impacto de su actividad desde la triple perspectiva social, ambiental y económica; desde la perspectiva de género y, en último término, sobre los derechos y las oportunidades de las personas destinatarias últimas; d) usar procedimientos participativos para la toma de decisiones, adaptados a la naturaleza jurídica de la organización, no basados en la propiedad del capital y que impliquen, en diferentes grados, los colectivos que forman parte de la organización, incluidas las personas destinatarias; e) disponer de un estilo de gestión democrático y de una estrategia de relación con las partes interesadas, internas y externas; f) actuar de forma que se observe, efectivamente, en su organización, funcionamiento y actividades el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, cumpliendo lo que dispone la Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres; g) actuar de forma respetuosa con el medio ambiente; h) garantizar la prestación de servicios en las mejores condiciones; i) fomentar la mejora continua de la capacidad técnica, de los recursos metodológicos y organizativos y de su capacidad de actuación; j) cumplir con la normativa de protección de datos de carácter personal; k) realizar un esfuerzo para atender a las personas ciudadanas en el idioma oficial que estas elijan; l) elaborar cuentas

anuales sometidas a la aprobación de su órgano de gobierno y a una auditoría externa; m) actuar de forma que se observe efectivamente en su organización, funcionamiento y actividades el principio de igualdad de oportunidades y de trato y no discriminación con independencia de cualquier circunstancia personal o social; y n) fomentar la contratación y la integración de personas con discapacidad y de personas en proceso de inserción socio-laboral, así como de personas con riesgo de exclusión social.

B) Para reforzar las estructuras de las entidades del Tercer Sector Social, así como su imagen pública, la LTS obliga a la administración a realizar una campaña permanente de promoción de las entidades en todo el sector público y entre las empresas privadas, para así poder dar más visibilidad a las entidades del Tercer Sector Social e invitar a la ciudadanía a participar con ellas en la atención a los colectivos más vulnerables. Para ello la LTS prevé la elaboración de una estrategia de promoción que habrá de realizar el Gobierno balear y que tendrá un período de vigencia de cuatro años. La estrategia tiene que prever, al menos, los siguientes aspectos: desarrollo de la base social y participación en las organizaciones; fortalecimiento organizativo y de la gestión; estructuración del Tercer Sector Social y colaboración entre organizaciones; sostenibilidad, autonomía, transparencia y rendición de cuentas; inversiones e infraestructuras; colaboración con el sector público; colaboración con las empresas; fomento, fiscalidad y reconocimiento del Tercer Sector Social. La estrategia se soportará en un diagnóstico —libro blanco o similar— y contará con indicadores que permitan realizar el informe de seguimiento de su ejecución y el informe de evaluación de sus resultados. Los informes mencionados tienen que ser enviados anualmente al Parlamento y presentados en comparecencia en comisión por parte del titular responsable de la consejería competente en la materia.

Además de la estrategia gubernativa, los consejos insulares y los ayuntamientos habrán de promocionar también las entidades del Tercer Sector Social a través de planes o actividades específicas que se realicen a tal efecto. La LTS a su vez establece que las administraciones públicas habrán de impulsar la colaboración con otros agentes que llevan a cabo acciones de promoción del Tercer Sector Social, con especial atención a las obras sociales de cajas de ahorros, fundaciones bancarias y otras entidades privadas, estableciendo sinergias en la financiación de las actividades de las organizaciones ajenas a la provisión de servicios de responsabilidad pública así como colaboraciones entre sí y con otras organizaciones orientadas al fomento del Tercer Sector Social, mediante acciones de formación, apoyo técnico, patrocinio y mecenazgo.

Finalmente, la LTS establece que cuando el sector público impulse medidas, como normas o planes, de fomento de la iniciativa pública y empresarial en ámbitos en que haya una presencia relevante de las organizaciones del Tercer Sector Social, habrá de realizarse previamente una evaluación del impacto de esas medidas en el Tercer Sector Social, de forma que su desarrollo no contribuya a destruir este tejido social y resulte compatible con la consolidación y el fomento de la sociedad civil organizada.

IV. La acción concertada

Como se acaba de exponer, la LTS prevé una colaboración preferente de las entidades del sector público social en el sistema balear de servicios sociales. Con este fin, el artículo 15 de la LTS establece que las administraciones públicas de las Islas Baleares, para formalizar la cooperación con las organizaciones del Tercer Sector Social en la provisión de servicios de responsabilidad pública en el ámbito de la intervención social, puedan suscribir los convenios y acuerdos marco de colaboración que prevé la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Islas Baleares, o bien adoptar el régimen de concierto diferenciado según la legislación autonómica que a tal efecto se pueda crear en un futuro sobre acción concertada. Esta segunda posibilidad ha sido desarrollada por la Ley 12/2018, de 15 de noviembre, de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

La acción concertada es —como afirma la exposición de motivos de la Ley 12/2018— «un instrumento para formalizar la colaboración entre las administraciones públicas y las organizaciones del Tercer Sector Social de acción social en cuanto a la provisión de servicios de responsabilidad pública en el ámbito de la intervención social. El régimen de acción concertada es una opción organizativa que permite concertar la prestación de servicios sociales con entidades no lucrativas del Tercer Sector Social de acción social y, si procede, entidades del sector privado, con la opción de que cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes, las administraciones públicas para el establecimiento de conciertos darán prioridad a las entidades sin ánimo de lucro». Con esta nueva regulación, se «destaca la importancia tanto histórica como cuantitativa de la intervención de las entidades de iniciativa privada sin ánimo de lucro del Tercer Sector Social de acción social en los servicios sociales». En coherencia con todo ello y de acuerdo con lo previsto en el citado artículo 15 de la LTS, la Ley 12/2018 determina el alcance y el significado de esta acción concertada, las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema de contraprestación.

La Ley 12/2018 no tuvo origen, como la LTS, en una proposición de ley suscrita por todos los grupos del Parlamento de las Islas Baleares, sino que fue el resultado de un proyecto de ley del Gobierno autonómico. Sin embargo, debe destacarse que esta iniciativa legislativa gubernamental contó con un consenso sustancialmente idéntico al de la LTS, ya que —al igual que esta— también fue tramitada en la cámara por el procedimiento de lectura única y se aprobó prácticamente por unanimidad (con cincuenta y dos votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones).

Según consta en su exposición de motivos, la Ley 12/2018 parte de la libertad que la normativa comunitaria europea sobre contratación pública —las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo— reconoce a los poderes públicos para «prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como son los servicios sociales, y para organizarlos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a los operadores que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, siempre que dicho sistema garantice los objetivos del modelo social propio, una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación». Las citadas directivas han sido transpuestas al ordenamiento jurídico español por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, cuya disposición adicional cuadragésima novena prevé que lo establecido en esta ley «no obsta para que las comunidades autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social». Asimismo, la disposición adicional cuadragésima séptima recoge los principios aplicables a contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo y la disposición adicional cuadragésima octava permite la reserva de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud a determinadas organizaciones.

La Ley 12/2018 tiene su encaje, pues, en el nuevo marco normativo establecido por las directivas europeas sobre contratación pública y por la legislación básica estatal que las transpone, que permite establecer un régimen de concertación de la prestación de servicios sociales preferentemente con entidades no lucrativas del Tercer Sector Social de acción social. La posibilidad de regular esta fórmula singular de organización y prestación de servicios sociales parece estar justificada por la propia naturaleza de esta actividad, que —como precisó el Consejo Económico y Social de las Illes Balears al pro-

nunciarse, positivamente, sobre el anteproyecto de ley de servicios a las personas en el ámbito social en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (Dictamen 7/2018)— «presenta algunos elementos específicos que tienen una difícil adaptación a las normas de contratación pública y, para solucionarlos, resulta necesario desarrollar ciertos instrumentos de gestión que permitan dar una respuesta más eficiente y de calidad a la prestación de los servicios a las personas».

El objeto de la Ley 12/2018 es, por lo tanto, establecer los principios básicos de la contratación, la concertación y la cooperación directa de los servicios a las personas en el ámbito social que celebren las administraciones públicas competentes en las Islas Baleares, con la finalidad de proveer unos servicios de calidad a la ciudadanía. Con arreglo a tales principios, la ley regula fórmulas de colaboración-concertación que sirvan para complementar y preservar el modelo público de prestación de servicios a las personas en el ámbito de los servicios sociales —caracterizado por las notas de universalidad, de aseguramiento, financiación y planificación públicos, de gestión pública o privada concertada con base en la exigencia de idénticas prestaciones y niveles de calidad, y de evaluación y control públicos— y prevé, asimismo, un régimen singular de contratación pública en esta materia.

A) Por un lado, en el capítulo I de la Ley 12/2018 se establece el régimen de colaboración privada en la gestión de servicios sociales a las personas mediante la acción concertada. A los efectos de esta ley, se entiende por régimen de acción concertada la prestación por terceros de servicios sociales incluidos en la cartera de servicios sociales y el servicio de orientación profesional recogido en la Cartera Común del Sistema Nacional de Empleo, y en los que la financiación, el acceso y el control administrativo serán públicos.

Con esta nueva regulación, por lo tanto, se faculta a las administraciones competentes de las Islas Baleares para que, mediante el sistema de acción concertada y con el fin de complementar el sistema público y garantizar una adecuada equidad y calidad de las prestaciones incluidas en la cartera de servicios o del servicio de orientación profesional, puedan encomendar la prestación de dichos servicios de su competencia a entidades sin ánimo de lucro del Tercer Sector Social —tal como se definen en la LTS— o, si cabe, a entidades privadas (dando preferencia, en este último caso, a las entidades del Tercer Sector Social, de acuerdo con los requisitos que establece esta ley, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y costes y con respeto a los principios de publicidad, transparencia y no discriminación).

La cooperación mediante la acción concertada comporta la adscripción funcional de los servicios correspondientes a la Red Pública de Servicios

Sociales y supone que las entidades concertadas —independientemente de su naturaleza jurídica— se sometan a un catálogo de obligaciones de control que podrán afectar a su plan de cuentas y a su sistema de contabilidad, a sus sistemas de información, al control de calidad, a la auditoría de cuentas, a las auditorías de protección de datos y a presentar una planificación trienal en recursos humanos e inversiones. No obstante, en todo caso se preservará el modelo de gestión privada del centro y su identidad corporativa.

Podrán suscribir acuerdos de acción concertada las entidades del Tercer Sector Social que presten los servicios objeto del concierto y lo soliciten expresamente en los plazos y la forma que se determinen. No obstante, en los procedimientos de acción concertada de servicios declarados de interés económico general, podrán suscribir conciertos todas las personas físicas o jurídicas de carácter privado, con o sin ánimo de lucro y sea cual sea su forma jurídica, que cumplan las citadas condiciones (esto es, que presten los servicios objeto del concierto y lo soliciten expresamente en los plazos y la forma que se determinen).

B) Por otro lado, el capítulo II de la ley contiene una serie de reglas específicas de contratación pública de servicios sociales dirigidos a las personas. Entre estas reglas destaca —por lo que aquí interesa— la prevista en el artículo 18, relativa a la posibilidad de reservar contratos a entidades del Tercer Sector Social en el ámbito de los servicios sociales. En concreto, se establece que el departamento competente en la materia pueda reservar la participación de tales entidades en los correspondientes procedimientos de adjudicación de contratos de servicios sociales que figuran en la disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 9/2017. Para ello, las organizaciones a las que se pueden reservar dichos contratos deben cumplir las siguientes condiciones: el objetivo de tales entidades debe ser la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios mencionados; los beneficios han de reinvertirse con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; las estructuras de dirección o propiedad de la organización se basarán en la propiedad de los empleados o en la participación activa de estos, de las personas usuarias o de las partes interesadas; y, por último, el poder adjudicador no tiene que haber adjudicado a la organización, con arreglo a este régimen específico, un contrato para los mismos servicios en los tres años precedentes con un importe superior a 750.000 €.

Por lo que respecta a esta última condición, cabe señalar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, al emitir su dictamen preceptivo sobre el anteproyecto de ley (Informe 5/2018, de 26 de julio), objetó que el inciso relativo a un im-

porte superior a 750.000 € no se halla en la Ley de contratos del sector público ni en las directivas que esta transpone y que, además, viene a modular o limitar la efectividad de dicha condición; por ello, propuso su eliminación. Sin embargo, el Gobierno autonómico no aceptó este reparo, porque —según expuso en la memoria del análisis del impacto normativo del anteproyecto de ley— el citado límite deriva de la Directiva 2014/24 y se incluye dentro del marco de regulación permitido por la disposición adicional cuadragésima séptima de la Ley 9/2017. De este modo, tal previsión se mantuvo en el proyecto de ley que se envió al Parlamento de las Islas Baleares y quedó finalmente plasmada en el texto aprobado por la cámara. Con todo, no parece que las dudas sobre esta cuestión se disiparan, porque —una vez publicada la Ley 12/2018— la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de las Islas Baleares adoptó el acuerdo (publicado en los respectivos boletines oficiales el día 12 de marzo de 2019) de iniciar negociaciones, conforme al artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para resolver las discrepancias de constitucionalidad planteadas en relación con once de sus artículos; y entre estos preceptos cuestionados por la Administración del Estado se encontraban nada menos que nueve de los diez artículos —incluido el 18— que, como reglas específicas de contratación pública de servicios sociales dirigidos a las personas, integran el capítulo II de la ley. La controversia finalizó con otro acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación (publicado el 26 de septiembre de 2019) mediante el que, por lo que se refiere al citado artículo 18, la Comunidad Autónoma asumió el compromiso de promover su modificación para suprimir la referencia al importe superior a 750.000 euros.

C) Finalmente, el capítulo III de la Ley 12/2018 regula el sistema de cooperación directa con entidades del Tercer Sector Social. Con arreglo a esta fórmula, las entidades del Tercer Sector Social, cuando su actividad tenga un carácter singular, podrán cooperar directamente en la prestación de determinados servicios sociales conforme a la planificación y a la legislación establecidas. La posibilidad de esta cooperación deberá justificarse en una mejor eficiencia de la prestación, de eficacia presupuestaria y en la no distorsión indebida de la competencia. Los acuerdos de cooperación directa tendrán la forma de convenio singular de cooperación y se registrarán por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico de las administraciones públicas. También se fijan unos principios de contratación de las entidades concertadas, que se concretan en la exigencia —para las entidades que colaboren mediante acción concertada o cooperación directa y que no tengan la condición de poder adjudicador— de aplicar, siempre que sea posible, los principios de transparencia y concurrencia cuando deban realizar contratos.

Crónica jurídica de las fundaciones en la Comunidad de Madrid (2017-2018)

Juan-Cruz Alli Turrillas

Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN GENERAL.—II. EL PANORAMA REGULATORIO Y SOCIAL DE LAS FUNDACIONES EN LA COMUNIDAD DE MADRID HASTA LA FECHA: 1. *Panorama general*. 2. *Panorama en cuanto a las fundaciones públicas*.—III. PANORAMA JURISPRUDENCIAL (TRIBUTARIO Y SUSTANTIVO).—IV. REFLEXIONES FINAL SOBRE EL MODELO AUTONÓMICO EN RELACIÓN CON EL SISTEMA NACIONAL.

I. Introducción general

El modelo regulatorio del sistema de fundaciones privadas en la Comunidad de Madrid puede categorizarse de conservador y continuista, como una suerte de trasunto del sistema proveniente de la normativa estatal y las formas establecidas en la ley nacional de 1994. Y esto por más que en su momento, la Ley de fundaciones madrileña introdujera algunos aspectos novedosos, y más que discutibles, conforme a la regulación estatal¹. Desde su última reforma, debida en gran medida a la modificación que supuso la Ley de fundaciones de 2002 (y la ley de incentivos al mecenazgo de idéntica fecha), no se ha vuelto a producir un cambio sustancial en la regulación de las fundaciones inscritas en la Comunidad de Madrid. Tampoco entre los años 2017 y 2018 se han producido cambios menores en la regulación de las fundaciones madrileñas.

Aunque aún pendiente de un análisis en profundidad², dadas tanto las complejas raíces como sus consecuencias, dejamos de lado el proceso de transformación de Caja Madrid en banco privado y, derivadamente, el aspec-

¹ Me refiero, principalmente, a la posibilidad de reversión de los bienes resultantes una vez extinguida la fundación y otros aspectos «liberalizadores» de la parte más íntima del ser fundación en su ámbito civil.

² Uno de los pocos, parcos y tempranos estudios en: M. A. VALERO, «CaixaBank y Bankia: dos fórmulas de reestructuración, el mismo problema», en *Estrategia financiera*, n.º 287 (2011), 56-61.

to que podría resultar pertinente en este análisis (aunque algo pasado ya): la aparición de una fundación *especial* y su consolidación como tal. Tampoco la normativa autonómica ha actualizado este régimen de manera notable desde la Ley 1/2011, de 14 de enero. Como es sabido, de entre todos los modelos, el derivado de la transformación de Bankia ha sido de los más dañinos para el tejido no lucrativo nacional y de los menos «fundacionales» de los graves procesos transcurridos.

La situación jurídica puede decirse que es, pues, de *impasse*. Sin perjuicio de las consideraciones finales sobre el modelo de fundaciones, la realidad, vista de antemano puede juzgarse como de una excesiva complacencia con el modelo, frente a una visión algo más modernizadora, en la línea de las acciones acometidas por las Comunidades autónomas del País Vasco, Valencia, Cataluña y algunos otros lugares, cuya legislación se ha adaptado, mejor o peor, a los tiempos que vienen.

No podemos avanzar más en el análisis de los pocos avances producidos en Madrid sin realizar, pues, una introducción algo más conceptual, precisamente para quien se incorpore a este análisis en este momento, sin haber conocido las crónicas de años pasados. Tras ella, y también con tal fin, vendrá un análisis de contexto de la realidad hasta la fecha.

La fundación es, indudablemente, una de las fórmulas más atractivas del ya de por sí rico panorama de las formas jurídicas. De tal manera que tal interés ha generado una auténtica modelización conceptual propia. Lo cual ha ocurrido por varias razones.

La primera porque la fundación es una auténtica y verdadera *institución*, con todo el carácter que ROMANO predicaba de tal concepto³. Una institución, además, situada en un ámbito muy peculiar dentro del rico panorama de las instituciones que cualquier país produce y cobija: por es una institución que se encuentra a caballo entre lo público o privado. En efecto, la fundación contiene, tanto en su propio origen como en su ser y en su naturaleza, la más primigenia imbricación entre la esfera de lo «público» y la de lo «privado». Según señala GOMÁ, «*participa de una naturaleza mixta, es una especie de centauro metafísico de cuerpo privado y torso de interés general*». Por tal razón,

³ «Una unidad delimitada y permanente; es decir, que no pierde su identidad, al menos necesariamente, siempre que cambian sus elementos concretos, las personas que la integran, el patrimonio, sus medios, sus intereses, sus destinatarios, sus normas, etcétera. Puede renovarse continuamente siendo la misma y manteniendo siempre su propia individualidad; de aquí la posibilidad de considerarla como un ente en sí mismo independiente, y de no identificarla con aquello que pueda ser necesario para darle vida, pero que al dársela se integra en ella»: S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 127 y 157, entre otras.

continúa diciendo, estudiarlas «*implica tratar de delimitar teóricamente un espacio fundacional en la intersección entre el Estado y el mercado, ese justo medio entre los poderes y las empresas*»⁴. Lo cual le otorga sus singulares características.

Esta forma jurídico-institucional, en un complejo juego causal y consecuencial es, además, un genuino testigo en miniatura de la evolución histórica, la geografía humana y social, la política y regulación jurídica de los países en los que existe. Aun con formas y regulaciones muy heterogéneas según los diversos modelos jurídicos, en todos ellos contiene un alma común⁵. Precisamente porque existe ese sustrato metafísico compartido, fruto quizá de su origen como vector de la filantropía/caridad, la regulación sobre su ser y quehacer de cada país es, también, mucho más similar de lo que pudiera aparentar. En todo caso, el modelo de fundación en Madrid parte de la base histórica y jurídica común de España⁶. En tal sentido puede entenderse necesitada de una perspectiva similar a la que tiene el ordenamiento general de fundaciones⁷.

La segunda nota es la cada vez mayor importancia en la colaboración público-privada a través de nuevas fórmulas. Dada la rigidez del sistema público-contractual y la propia falta de medios económicos y fiscales suficientes, añadido a las dificultades de foco y criterio de lo público, es la sociedad civil la que puede y debe dar un paso al frente para cubrir numerosas demandas «sociales» que otrora, de un modo u otro, cubrían las Administraciones públicas. En tan amplio e inicialmente indefinido campo, pues, es donde la fundación puede y debe tener una posición central.

No se trataría tanto de que los poderes públicos «presten» servicios públicos por vía indirecta, subrogada *en*, o entregada *a* las fundaciones, bajo diversos regímenes de supervisión. Ni siquiera de que lo hagan en régimen de algún tipo de contrato público o privado. Se trataría, más bien, de que los poderes públicos generen el clima adecuado —al que ataría un buen régimen

⁴ J. GOMÁ LANZÓN, «La esfera de las fundaciones», en *Carta a las fundaciones españolas*, Real Maestranza de Caballería de Ronda & Pre-textos, Valencia, 2014, p. 91.

⁵ J. C. ALLI TURRILLAS, «Charities and Foundations in the U.S.A., England, Germany, France and Spain (differences and similarities in the governance, accountability and public control)», en *Revista General de Derecho Público Comparado* n.º 12 (Julio 2014), *in toto*.

⁶ Para ello me remito globalmente a los tratados de Derecho civil al uso y, en especial, al estudio sobre el iter jurídico de la fundación y otras personas jurídicas vinculatorias: C. MALUQUER DE MOTES, *La fundación como persona jurídica en la Codificación civil: de vinculación a persona (estudio de un proceso)*, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 1983, *in toto*.

⁷ Por todos y, recientemente: R. de LORENZO, J. L. PIÑAR y T. SANJURJO, «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», en J. L. PIÑAR MAÑAS y S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*, Iustel, 2011, pp. 61-83.

subvencional, pero esto visto como factor secundario— para favorecer que la sociedad civil y las instituciones que, de algún modo, la representan, determinen, establezcan, sufraguen, presten y auto-evalúen, esas «nuevas» demandas sociales. Más, pues, al estilo de las sociedades anglosajonas, donde la sociedad no espera que el poder público actúe para solventar una necesidad, sino que lo hace ella misma y, una vez lo está haciendo, demanda, si acaso, la concurrencia del poder público (o al menos una fiscalidad adecuada a tal prestación socialmente demandada); evitando, también, de este modo, la interferencia público-política en la agenda social (y su captura político-partidocrática)⁸.

No podríamos continuar sin poner, también, el acento en la indudable importancia que tiene esta figura en el panorama de muchos e importantes países. Las fundaciones que existen en España, Italia, Francia, Alemania, UK, Holanda y, sobre todo, en USA constituyen la institución principal del sector filantrópico o del conjunto mayor de las «entidades sin ánimo de lucro»; las cuales realizan una parte enorme, cuando no gigante, de la acción social, benéfica, altruista y cultural en esos lugares⁹. Económicamente tal «Sector no lucrativo» (*Non profit sector*) o «Tercer sector» —que agrupa fundaciones junto con asociaciones, ONGs y otras formas— supone en muchos países entre el 2 y 3% del PIB, siendo casi el 5% del PIB de USA y agrupando, en ese lugar, un millón y medio de instituciones de forma más o menos estrictamente fundacional¹⁰.

No cabe duda, tampoco, que día a día, esta institución ha crecido en su valoración e importancia, muchas veces de la mano o como instrumento al servicio de la llamada «Responsabilidad Social Corporativa» (RSC) de las empresas, del renacer de la «filantropía social» de personas de buen-corazón (o al menos de personas que quieren pasar a la posteridad por ello), de los amplios fenómenos de «voluntariado» y de la que cada vez más presente presencia y fortaleza de la «sociedad civil», como las organizaciones y fundaciones comunitarias y cooperativas; que surgen ante los enormes retos de unas sociedades complejas en las que las instituciones públicas se inhiben, no

⁸ R. HOOGLAND DE HOOG y L. M. SALOMON, *The Tools of Government. A Guide to the New Governance* (L. M. SALOMON, editor), Oxford University Press, 2002.

⁹ Para ello pueden verse todos los estudios de SALAMON, L. M. y H. K. ANHEIER *et alii.*, *The emerging nonprofit sector. An overview*, John Hopkins Non profit sector series n.º 1, Manchester University press, New York, 1995. *La sociedad civil global. Las dimensiones del Tercer sector* (original de 1999) (traducción del correspondiente de la serie anterior n.º 12), Fundación BBVA, Madrid, 2001. *Defining the Nonprofit sector. A cross national analysis*, John Hopkins Non profit sector series n.º 4, Manchester University Press, New York, 1997.

¹⁰ SALOMON, L. M., *The State of Non Profit America*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2012.

llegan, a prestar muchos servicios y atender necesidades que la sociedad demanda (o que los propios Estados de bienestar del siglo XX pudieron prestar pero a los cuales no llegan más, como se apuntó antes)¹¹.

II. El panorama regulatorio y social de las fundaciones en la Comunidad de Madrid hasta la fecha

1. *Panorama general*

Muy resumidamente puede condensarse la evolución jurídica de la regulación de las fundaciones en Madrid hasta la fecha de modo muy simple. Una cierta presión social y el mandato estatutario del artículo 26.1.16 de la LO 3/1983 llevaron, con cierto retraso, a la aprobación de la Ley 1/1998 de fundaciones (con reformas menores, en términos sustantivos, producidas diversas fechas). Como es ya conocido, por haber sido objeto de varios análisis, esta Ley fue recurrida ante el TC que falló de manera ambivalente en favor de algunos aspectos de la ley y en contra de otros (STC 120/2011, de 6 de julio)¹².

Algo más tarde, en 2002 se creó el Registro único de fundaciones de la Comunidad (Decreto 20/2002, de 24 de enero, por el que se regula el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid). Nada más que lo expuesto ha sido transformado ni modificado substancialmente, más allá como se indica en otras ediciones de este Anuario como modificaciones menores y en materia específica de fundaciones públicas, que veremos en seguida.

En el ámbito fiscal-impositivo tampoco se han producido novedades importantes en estos años, más allá de la normativa, proveniente de 2010 que incentivó mediante deducciones correspondientes acumuladas por donativos a las fundaciones establecidas en la Comunidad de Madrid. Se trata, con el alcance y limitaciones que resultan de la vigente normativa legal, de las fundaciones culturales, asistenciales, sanitarias y otras de naturaleza análoga previstas en el artículo 9 del Decreto Legislativo 1/2010 (Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado)¹³. En concreto, además, para tener derecho a la de-

¹¹ SALAMON, L. M., *The Resilient Sector Revisited: The New Challenge to Nonprofit America*, Brookings Institution, 2012.

¹² MORILLO GONZÁLEZ, F., «La ausencia de ánimo de lucro y la reversión de los bienes fundacionales a la extinción de la fundación», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 20, enero-diciembre 2006, pp. 255-281.

¹³ *Artículo 9. Deducción por donativos a fundaciones. 1. Los contribuyentes podrán deducir el 15 por 100 de las cantidades donadas a fundaciones que cumplan con los requisitos de la Ley 1/1998,*

ducción autonómica por donativos a fundaciones es imprescindible que la entidad donataria esté inscrita en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, tal como establece el artículo 9 del dicho Decreto y el artículo 1 6.º de la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid¹⁴.

Quizá como consecuencia de esta parca regulación, unida a ese panorama poco claro, el crecimiento del sector en Madrid ha sido, también, algo tenue. Así, en cuanto a la situación numérica de las fundaciones en Madrid, según el Registro único de fundaciones de la Comunidad, actualmente existen unas seiscientos veinte y un fundaciones registradas en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid¹⁵. Durante el año 2018 han sido inscritas veinte y un fundaciones.

Según la información facilitada, vía portal de transparencia autonómico, por las diversas Consejerías hoy presentes en la Comunidad de Madrid (sabiendo que algunas han sufrido modificaciones orgánicas que hacen este seguimiento algo complejo), a lo largo de los dos años que hemos analizado, se inscribieron alrededor de cuarenta nuevas fundaciones en las diversas Consejerías, también se reenviaron seis al Registro estatal y se disolvieron alrededor de trece fundaciones (dos de ellas por fusión). Dado que no existe un registro único, la cifra completa resulta muy difícil de fijar. Así, veinte y tres se trasladaron en 2018 de la Consejería de Educación y Juventud a la de Educación, Cultura y Turismo; una y otra dan un total de 157 y 121 fundaciones registradas en 2018, pero sin especificar si son las totales o, lo que sería más raro, las inscritas en ese año. Existen, eso sí, dos protectorados con un alto número de fundaciones: la Consejería de Educación y Juventud, con 157 en 2018; la Consejería de Políticas sociales, familiares, de igualdad y natalidad, con 184; y la de Educación, Cultura y Turismo, con 212. Según la

de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, y persigan fines culturales, asistenciales, educativos o sanitarios o cualesquiera otros de naturaleza análoga a estos. 2. En todo caso, será preciso que estas fundaciones se encuentren inscritas en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, rindan cuentas al órgano de protectorado correspondiente y que este haya ordenado su depósito en el Registro de Fundaciones.

¹⁴ Artículo 1 6.º: *Por donativos a fundaciones. Los contribuyentes podrán deducir el 15 por 100 de las cantidades donadas a fundaciones que cumplan con los requisitos de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, y persigan fines culturales, asistenciales o sanitarios o cualesquiera otros de naturaleza análoga a estos. En todo caso, será preciso que estas fundaciones se encuentren inscritas en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, rindan cuentas al órgano de protectorado correspondiente y que este haya ordenado su depósito en el Registro de Fundaciones.*

¹⁵ <http://www.comunidad.madrid/servicios/asociaciones-fundaciones-colegios-profesionales/registro-fundaciones-comunidad-madrid>.

información facilitada, la Consejería de Economía y Hacienda, la de Ordenación del Territorio, Vivienda e Infraestructuras, la de Sanidad y la Medioambiente, y Suelo, están muy por debajo, tanto en su registro total, como en la actividad de 2017 y 2018.

2. *Panorama en cuanto a las fundaciones públicas*

Algo más complejo ha sido el itinerario de las fundaciones públicas dependientes, en algún modo, de las autoridades de la Comunidad. Como se sabe el panorama para las fundaciones públicas en todas partes ha sido bastante convulso desde el Informe CORA y los diversos recortes presupuestarios; no han dejado de ser «cajas separadas» cuya forma y finalidad jurídica raras veces se ha justificado conveniente. De tal manera que se han convertido, en gran medida, en un objeto jurídico-administrativo de dudosa validez jurídica y, al fin y a la postre, sin gran ventaja presupuestaria ni operativa, cuando no con una clara finalidad de *desviación* de medios, fines y formas, como ha señalado la doctrina¹⁶

En este ámbito, según la Ley 12/2017, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2018 abunda en la «administrativización» de su régimen, volviendo al redil de la regulación puramente administrativa. Así, su disposición adicional undécima señala:

Contrataciones de las fundaciones del sector público de la Comunidad de Madrid.
1. *Las fundaciones del sector público de la Comunidad de Madrid a que se refiere el artículo 21.1.e) de la presente ley únicamente podrán proceder a la contratación de nuevo personal con las limitaciones y requisitos establecidos en la presente disposición, de acuerdo con los criterios e instrucciones que establezca la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, y, en todo caso, previo informe favorable de esta Consejería.*

2. *Las indicadas limitaciones no serán de aplicación cuando se trate de contrataciones de personal, funcionario, laboral o estatutario, con una relación preexistente de carácter fija e indefinida en el sector público de la Comunidad de Madrid, previa autorización de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda. Los contratos celebrados al amparo de lo establecido en este apartado generarán derecho, desde la fecha de su celebración, a seguir percibiendo el complemento de antigüedad en la misma cuantía que se viniera percibiendo en la Consejería, organismo, ente, empresa pública, fundación o consorcio público de procedencia.*

¹⁶ Como se ha denunciado repetidamente por una doctrina que, con muchos matices, puede considerarse bastante unívoca al respecto. ALLI TURRILLAS, J. C., *Derecho administrativo y fundaciones*, Marcial Pons, 2010, pp. 160 a 200.

3. Solo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, se podrán llevar a cabo contrataciones temporales, de conformidad con los criterios e instrucciones que establezca la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda y previo informe favorable de la misma.

4. Las fundaciones que gestionen servicios públicos o realicen actividades de los enumerados en el artículo 22.3 de esta ley tendrán, como máximo, la tasa de reposición establecida para el respectivo sector en el citado precepto, siempre que quede justificada la necesidad de la tasa para la adecuada prestación del servicio o para la realización de la actividad. Por su parte, el resto de fundaciones públicas podrá realizar contratos indefinidos con un límite del 50 por ciento de su tasa de reposición. Esta contratación indefinida de personal requerirá, en todo caso, informe favorable de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda. Sin perjuicio de lo anterior, a las fundaciones que tengan la condición de organismos de investigación públicos de la Comunidad de Madrid podrá serle autorizada por la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda la aplicación de la previsión de acumulación del artículo 22.4 de esta ley, de plazas susceptibles de inclusión en la oferta de empleo público de la Comunidad de Madrid, para la contratación como personal laboral fijo en dichos Organismos, en la modalidad de investigador distinguido, del personal investigador doctor que haya superado una evaluación equivalente al certificado I3.

5. Las convocatorias de plazas para ingreso de nuevo personal requerirán, en todo caso, la autorización del titular de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.

Adicionalmente, en su Disposición adicional vigésimo-segunda establece la composición del patronato de las fundaciones del sector público autonómico:

1. En las fundaciones del sector público autonómico, definidas en el segundo párrafo del apartado segundo del artículo 1 de esta ley, la mayoría de los miembros del patronato serán designados por los sujetos del sector público autonómico integrados en el ámbito de los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid.

2. La aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior se llevará a cabo en los seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta ley.

Más recientemente se ha aprobado el Decreto 10/2018, de 6 de marzo, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid que establece el régimen de control de los expedientes de subvenciones de las fundaciones del sector público de la Comunidad. La finalidad de esta norma es adaptar el régimen de subvenciones al previsto en la Ley 40/015 del sector público (LSP); en particular adaptar el régimen de las fundaciones públicas al respecto y, en consecuencia, a una mejor del control del gasto subvencional público (conforme a la correspondiente legislación autonómica).

También se hizo público el Informe final de octubre de 2018 del pleno de la Cámara de Cuentas que aprobó el informe de fiscalización horizontal de regularidad del subsector público fundacional de la Comunidad (ejercicios 2011-2015). Tal fiscalización se realizó a iniciativa de la Asamblea de Madrid, según su programa de fiscalización¹⁷. Resultan muy interesantes sus conclusiones (algunas bien podrían declararse útiles para el régimen de protectorado general de todas las fundaciones)¹⁸:

1. *Sería conveniente que los órganos competentes de la Comunidad de Madrid (Consejerías, Inspección General de la CM —IGCM— y Protectorados) realizaran periódicamente una revisión del Subsector Fundacional de la Comunidad de Madrid, utilizando criterios de rentabilidad social, económica, e incluso de oportunidad, todo ello cara a mantener aquellas Fundaciones que de acuerdo con los señalados criterios fueran realmente operativas y respondieran efectivamente al desarrollo de fines de interés general, suprimiendo, por el contrario, aquellas otras Entidades fundacionales que no respondieran a los citados criterios.*

2. *La IGCM en el contexto de su planificación auditora anual debería incorporar la misión de auditar el Subsector Público Fundacional de la Comunidad de Madrid.*

3. *Desde la perspectiva organizativa sería necesario potenciar el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, dotándolo de los recursos materiales, humanos y tecnológicos necesarios, para que pudiera llevar a cabo su función con la máxima eficacia.*

4. *La Comunidad de Madrid a través de una Instrucción dictada por la Intervención General, debería propiciar que las Entidades fundacionales ahora existentes así como las que se pudieran crear en el futuro, contaran para el ejercicio de sus 183 actividades con adecuados protocolos de actuación, manuales de procedimiento, e instrucciones internas de contratación de carácter homologable, que sirvieran para racionalizar y mejorar su gestión.*

5. *La mayoría de las Fundaciones, al estar financiadas fundamentalmente con recursos públicos, deberían contar con Unidades de Control Interno, a las cuales se les encomendaría la supervisión de la actividad de las referidas Entidades para evitar todo tipo de disfuncionalidades e irregularidades en el manejo de fondos de carácter público.*

¹⁷ <http://www.camaradecuentasmadrid.org/admin/uploads/informe-regularidad-spfundacional-aprobado-cjo-261018.pdf> (noviembre 2019).

¹⁸ CÁMARA DE CUENTAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID, *Informe de fiscalización horizontal de regularidad del subsector público fundacional de la Comunidad de Madrid. Ejercicios 2011-2015*, aprobado el 16 de octubre de 2018, pp. 182-183.

En cuanto a las fundaciones públicas constituidas en estos años se han seguido creando algunas fundaciones, especialmente vinculadas al ámbito sanitario. La lectura de su régimen completo pone de relieve la mayor ordenación y control que se produce en todos sus ámbitos, dentro de una renacida autonomía de su gobierno, después de varias ideas-y-venidas en cuanto a su fiscalización¹⁹.

Así, en efecto, en su sesión de 21 de diciembre de 2016, el Consejo de Administración del Servicio Madrileño de Salud, Entidad de Derecho Público, creada por la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, adoptó en función de lo dispuesto en los artículos 74.i) y 92.j) de la citada Ley, el acuerdo de aprobar el proyecto de estatutos de dos fundaciones: la a Fundación para la Investigación e Innovación Biomédica del Hospital Universitario Infanta Sofía y del Hospital Universitario Henares y la Fundación para la Investigación e Innovación Biomédica del H. U. Infanta Leonor y H. U. del Sureste, ambos bajo el amparo y régimen del artículo 9.2 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid.

Ambas fundaciones, llamadas de igual modo salvo en su nombre final y ubicación a Fundación para la Investigación e Innovación Biomédica del H. U. Infanta Leonor y H. U. del Sureste son de competencia autonómica y según su norma aprobatoria, tienen como finalidad servir de cauce para el fomento de la investigación científico-técnica, así como la potenciación de las áreas de formación y docencia en el campo de las ciencias de la salud en los Hospitales Infanta Leonor y del Sureste. Así, se adoptó y constituyó tales fundaciones mediante el Decreto 30/2018 de 17 de abril y el Decreto 31/2018, de 17 de abril, respectivamente.

III. Panorama jurisprudencial (tributario y sustantivo)

No ha sido, tampoco, un tiempo especialmente activo en términos sustantivos ni fiscales en el ámbito jurisprudencial. Evidentemente se han emitido numerosas sentencias y autos, algunas, no todas, con carácter jurisprudencial en materia social, pero estas no van más allá de conflictos laborales más o menos importantes, pero en los cuales la naturaleza fundacional o los aspectos relativos al sustrato *altruista* de la institución en cuestión (una fun-

¹⁹ J. GARCÍA-ANDRADE, «La restructuración del sector público fundacional», en J. L. PIÑAR y S. MUÑOZ MACHADO, *Anuario de Fundaciones 2012*, Iustel, 2013. Aunque es un tema al que se han dedicado y se siguen demasiados análisis, casi siempre muy críticos pero no por ello bien considerados por el legislador autonómico a la hora de crear estas instituciones.

dación), no están en cuestión. Tampoco aparecen casos en materia civil o penal en los que la institución y su manera de ser/funcionar esté en entredicho o sea el objeto concreto de la litis.

Quizá el aspecto más importante es la reiterada y consolidada jurisprudencia relativa al aspecto fiscal más controvertido: el relativo a la necesaria inscripción de una fundación en el Registro de fundaciones de la Comunidad de Madrid para obtener los beneficios fiscales por deducción de cuota derivados de los citados artículos 1 de la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid y del artículo 9 Decreto 1/2010. Esta situación ha sido objeto de numerosas controversias que han llegado, con frecuencia, al TSJM sala de lo contencioso-administrativo, por recursos ante las liquidaciones de la Agencia Tributaria y, en su caso, las correspondientes demandas a los tribunales económicos-administrativos, al TEAR o a otras instancias.

Las Sentencias 465/2018 de 5 de octubre; 358/2018, de 19 de julio; 815/2017, de 27 de julio; y 205/2018 de 10 de mayo, entre otras, en diversos casos con distintos matices obviamente relativos a los hechos y sujetos concretos, consolidan firmemente la doctrina:

«Hemos de partir de un hecho incontrovertido y es que las donaciones son realizadas por el recurrente a entidades que (...) no se encuentran inscritas en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, requisito ineludible para gozar de la deducción autonómica dados los términos de la norma transcrita, que reconoce este beneficio fiscal y a cuya interpretación y aplicación estricta sin analogía alguna obliga el artículo 14 de la Ley 58/2003, que establece que “no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales”.

El hecho de que las entidades destinatarias de los donativos cumplan los fines asistenciales y culturales y/u otros análogos y que actúen en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid no es suficiente, puesto que deben además estar en todo caso inscritas en el mencionado Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, en este supuesto no lo están y en ningún caso puede aplicarse el beneficio fiscal pretendido, ni tan siquiera invocando un principio de buena fe y confianza legítima» (S TSJM 365/2028, de 20 de julio).

Por no referirse a normativa propia de Madrid, tanto sustantiva como fiscal, menor importancia, a tales efectos, tiene la Sentencia del TSJM 626/2018, de 10, de diciembre, por la que se establece, en los fundamentos jurídicos, el carácter de las becas educativas otorgadas por una fundación. Tal y como apunto algo más arriba, se trata de una afirmación que, aunque sea objeto

del litigio, no pone en cuestión aspectos cruciales de la naturaleza de la fundación, ni siquiera la naturaleza fiscal y exención impositiva de sus becas desde el punto de vista de la Ley de mecenazgo 49/2002 (que, abundo, en ello, tampoco hubiera sido un problema estrictamente madrileño). En esta sentencia se realiza, no obstante, la siguiente afirmación, pertinente para el conocimiento general pero no tanto al objeto de este epígrafe:

«la cuestión debatida no viene referida al análisis del alcance de la consulta vinculante número V1112-15, de 13 de abril de 2015, de la Dirección General de Tributos, en la que se expresa que la concesión de las becas se lleva a cabo mediante un procedimiento sometido a principios de objetividad, transparencia y publicidad, las becas o ayudas al estudio concedidas por la consultante que tengan por objeto la realización de un máster conducente a la obtención del correspondiente título universitario oficial de máster, estarán amparadas por la exención regulada en el artículo 7 j) de la LIRPE, puesto que ello no es objeto de discusión. El debate se centra, única y exclusivamente, en sí, tratándose de una beca concedida por una entidad sin fines lucrativos a la que le es de aplicación el régimen especial regulado en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, resulta o no necesaria su publicación en el Boletín Oficial del Estado o de la Comunidad Autónoma a los efectos de declarar la misma como exenta de tributación y al respecto el tenor del precepto antes citado es claro cuando determina dicha obligación como requisito de ineludible cumplimiento y sin que en el mismo se establezca diferenciaciones, respecto de dicho requisito, entre las becas públicas y las privadas. Lo que pretende el recurrente es que, si amparo normativo, se delimite una diferente configuración de los requisitos en función del carácter, público o privado, de la beca y, con ello, alterar el alcance del acceso a la exención. Resulta, pues, estéril todo el debate planteado en la demanda en tanto en cuanto no se reúnen todos los requisitos exigidos por una norma que, en ningún caso, ampara interpretaciones en beneficio de según el tipo de beca al que se haya tenido acceso máxime cuando la decisión no supone una interpretación restrictiva de la Ley del IRPE, sino que comporta la estricta aplicación de las normas legales que reconocen el derecho a la exención, que no pueden aplicarse de forma extensiva, de conformidad con el artículo 14 de la LGT» (FJ 4.º).

Aunque hay otras sentencias en las cuales hay fundaciones involucradas, no nos parece que sean pertinentes a efectos ni de la litis (normativa fiscal o sustantiva sobre fundaciones en cuestión), ni en cuanto a la sustancia del sujeto fundacional como objeto realmente importante a efectos de estas consideraciones, por lo que simplemente las recojo a título informativo por su relativa pertinencia «territorial»²⁰.

²⁰ Sentencias del TSJM 726/2018, de 21 de diciembre (fundación Didaskalos), en un asunto de liquidación impositiva de IVA. La S TSJM 388/2017, de 16 de mayo (fundación Catalina Suárez) sobre un asunto de urbanismo en el Ayuntamiento de Madrid. También

IV. Reflexiones final sobre el modelo autonómico en relación con el sistema nacional

Cabe, pues, para acabar y dado lo exiguo del panorama expuesto en términos descriptivos, realizar algunas propuestas *de lege ferenda* generales sobre el (futurible) panorama de la regulación en Madrid²¹.

Un primer conjunto de consideraciones podría partir de la conveniencia de recrear el «clima» o las condiciones para que exista un fuerte sector filantrópico, no-lucrativo o caritativo. Tener una sociedad (civil) más fuerte y capaz es, tal y como lo destaca la mayor parte de la doctrina, un pilar fundamental para una democracia fuerte y saludable²².

Frente a lo que pudiera pensarse, este sector —denominado el «sector de la confianza»²³— demanda la existencia de una autoridad «neutral» que vele para que tal confianza no se rompa. Un solo caso nocivo produce un daño que va más allá de los efectos directos pues damnifica a todo el sector, precisamente por estar basado en ese intangible que es el *trust* o confianza. Por eso la intervención pública de regulación-supervisión y control debe existir, de un modo otro. Si bien debe hacerlo de acuerdo con otra consideración que, no por obvia, debe omitirse: cohonestar su supervisión con una saludable lasitud. En modelos no del todo consolidados histórica o socialmente —como pudiera alegarse del nuestro— el grado de intervención pública debe guardar coherencia y encontrar el fino equilibrio entre esa necesaria supervisión y un excesivo celo *administrativo* que, controlando a las fundaciones en exceso, ahogue la iniciativa privada, su autonomía y su responsabilidad directa por y para el interés general.

Tanto el modelo británico como el norteamericano, en diversa medida, prueban cómo una intensa regulación —si es buena en términos de claridad, fiabilidad, ecuanimidad y margen operativo— ni empece ni coarta a un sector fuerte y poderoso. Más bien al contrario; lo ordena y fomenta porque le da garantías y solidez. Se trata, en ambos casos, de sectores históricamente consolidados y socialmente aceptados que están muy regulados y, a la par,

existen varias sobre doble imposición (USA-España) de fondos fiscales que no son fundaciones, por lo que no resultan pertinentes al objeto de este estudio.

²¹ Tales propuestas se enmarcan en la línea de lo expuesto en: R. de LORENZO, J. L. PIÑAR, T. SANJURJO, «Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro», cit., pp. 61-83.

²² Por todos: B. R. SIEVERS, *Civil Society, Philanthropy and the Fate of Commons*, Tufts University Press, 2010, *in toto*; y H. HANSMAN, «The Role of Nonprofit Enterprise», en *The Yale Law Journal* Vol. 80, n.º 5 (1980), *in toto*.

²³ F. FUKUYAMA, *Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity*, Free Press, New York, 1995; y K. E. BOULDING, *La economía del amor y del temor*, Alianza Universidad, 1973.

gozan de gran autonomía; no se puede entender un factor sin el otro. Aunque el equilibrio exija, siempre, poner las cosas bajo cierta observación crítica y ver las consecuencias prácticas de tales procesos en un continuo ejercicio de análisis de efectos y resultados. Pero no existen más fundaciones porque el sistema sea «libérrimo», sino que mejora, prospera y es más sólido en un clima de equilibrio entre libertad y responsabilidad. Incluso, a decir de muchos, el sector se hizo fuerte precisamente gracias a tal regulación, que le dio garantía y legitimidad (a la vez que lo fomentó)²⁴. Así, en consecuencia, los beneficios fiscales son una consecuencia de la fortaleza del sector; pero no son su causa (y por eso vinieron más tarde que el sector en sí mismo, tanto en UK como en USA)²⁵.

En tal sentido resulta muy importante que la autoridad pública debe poder discriminar, sobre unas bases objetivas qué —y cómo— es un fin «de interés general» frente a instituciones sin tan clara identidad, o sin garantía patrimonial, o sobre todo con fines *particularistas* o *peregrinos* quizá adecuados para una asociación u otras instituciones equivalentes (u organizaciones, también con un fin general pero con una patrimonialización o forma de ser propio de otras *universitas personarum* o *rerum*).

Esa determinación de la utilidad pública puede ser realizada bien por una autoridad gubernativa dedicada exclusivamente a las fundaciones —cual es el caso de Francia e Inglaterra— bien por la autoridad tributaria, caso de EE.UU., Alemania (y, en nuestro país, este es el caso de la Hacienda foral en la Comunidad foral de Navarra). La segunda parece una aproximación «indirecta», más suave en términos de apariencia de intervención, aunque luego pueda resultar igual de fuerte en términos absolutos, cual es el caso de los EE.UU.

Bajo mi punto de vista resulta más razonable la opción por una autoridad *sustantiva* y a ser posible unívoca pues evita la *disonancia* existencial, conceptual y por tanto cognitiva que se produce cuando se permite la presencia legal de distintos tipos de fundaciones *civiles*: Unas de claro fin público que gozarían de un control tributario para ser tales y tener exención fiscal. Otras de fin puramente privado que carecen de tales controles. Además, como también señalaré, *prima facie* la autoridad sustantiva puede tener un criterio más homogéneo y centrado en la naturaleza propia de la institución «fundacional»²⁶.

²⁴ Así lo sostienen un sinnúmero de tratadistas en EE. UU. Por todos, P. FRUMKIN, *Strategic Giving*. The Art and Science of Philanthropy, Chicago University Press, 2006, pp. 30 y ss.

²⁵ Sobre ello se ha manifestado de manera muy clara P. FRUMKIN, *Strategic Giving...*, cit., p. 30.

²⁶ Entre nosotros esta situación ha sido un tanto caótica. Demasiado variada en cuanto a las autoridades: cada Protectorado en un Ministerio y, además, la Agencia Tributaria, además

Combinando los dos aspectos anteriores, resulta exigible *ex lege* unos criterios claros para determinar si estamos ante una institución *pro bono commune*. Tales criterios no están del todo claros en nuestro país donde, una vez más, la dispersión de autoridades públicas supervisoras se combina con su propia variedad identitaria, objetiva y tamaño, así como la diversa lectura que hace la Agencia tributaria; y a ello unámosle los distintos criterios autonómicos y de las Haciendas forales. En nuestro caso el único sistema concreto es el establecido por la legislación de mecenazgo, cuyo artículo 2 es mucho más estricto, en este ámbito, que los artículos 1 a 3 de la LF; lo cual traslada el peso de esta determinación a la Agencia tributaria, creando cierta disonancia cognitiva con lo que establece el Protectorado²⁷.

La pregunta, pues, es: ¿Es compatible este conjunto de experiencias y consideraciones con la dispersión de protectorados —y no lo obviemos: de criterios administrativos de control— que derivan de tener —¿cuántos?— Siete, ocho u once protectorados por Consejerías? ¿Y un Registro único?

Una segunda gran reflexión versaría sobre la evaluación de los controles que debe realizar la autoridad supervisora que pudiera unificarse en la línea de lo expuesto. En el clásico modelo en el que estamos, de control estático, la Administración evalúa si la fundación ha sido constituida civilmente de modo correcto: el negocio jurídico fundacional conforme a un documento notarial, la cantidad patrimonial adecuada, los elementos constitutivos, los documentos administrativos acreditativos y el registro, etc. Evalúa qué y cómo quiere ser y, en menor medida, por qué. Luego realiza un análisis *ex post facto* mediante autorizaciones administrativas, más o menos discrecionales,

de los protectorados autonómicos para las fundaciones autonómicas (salvo en Cataluña, donde está unificada): M. R. LLOVERAS I FERRER, «El protectorado de fundaciones en el Código Civil de Catalunya», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* n.º 1 (2010), *in toto*. Esto ha producido, como efecto, que los criterios que ha aplicado la Agencia tributaria han sido distintos de los que aplican esa multiplicidad de los protectorados, generando confusión conceptual y operativa. Otro efecto no positivo de que el control se residencie prioritariamente en sede tributaria es que en tal caso la naturaleza institucional la establece una institución pública que no por importante deja de ser subsidiaria y secundaria, vicaria y colateral en términos sustanciales al papel del Estado y a la propia identidad de la fundación.

²⁷ Así deben entenderse los precisos criterios utilizados para la determinación del *public benefit* que aplica la *Charity Commission* británica o los utilizados por el IRC para la concreción de la *public utility for the common good*; y ambos no lo son en menor medida que los estrictos parámetros de *utilité publique* que utilizar el modelo monopólico sobre «interés general» propio del *Conseil d'Etat* francés. En cambio, ha habido críticas en Alemania por la ausencia de unos criterios tan claros (situación a la que nos hemos encaminado en cierta medida). Pueden verse tales criterios de manera completa dentro de cada capítulo por país en el libro J. C. ALLI TURRILLAS, *La fundación, ¿una casa sin dueño? Gobierno y control de fundaciones en Inglaterra, Alemania, EEUU y Francia*, Iustel, 2012, en las páginas correspondientes.

sobre determinados actos previstos en la ley (procesos que raramente conducen a nada, como demuestra los pocos expedientes abiertos para llevar a fiscalía u a otros medios, así como la parálisis en su contestación)²⁸. Es cierto que, luego, la autoridad fiscal puede realizar una intervención más aguda y precisa sobre la operatividad de la fundación. Pero no basta con eso. La autoridad sustantiva debiera valorar mejor qué-está-haciendo y qué-está-siendo la fundación en su transcurrir; a eso me refiero con el examen de los resultados, las actividades y el funcionamiento operativo conforme al fin propio.

En tal sentido, como se ha venido denunciando, nuestro modelo es algo precario cuando no claramente insuficiente, por varias razones. Primero porque la propia Ley de fundaciones ha quedado atrás²⁹. Segundo porque se remite a una legislación civil también superada y así debiera verse, incluso, conforme a la normativa mercantil y societaria mucho más moderna, completa y exigente. Y, en tercer lugar, porque el cierre penal es insuficiente y poco claro en cuanto a la responsabilidad personal (aunque haya mejorado recientemente en cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica)³⁰.

Esta combinación de un mejor control de entrada combinado con un más flexible y operativo control supervisor «diario» tendría, a su vez, varias derivadas:

- Una evaluación más operativa del patrimonio, la dotación y las actividades a realizar con él; primando más las buenas prácticas, la transparencia exigida y exigible por ley, los códigos internos de gobierno, los «puertos seguros» y otros mecanismos de auto-control. En tal sentido parece mejor que se trate de medidas precautorias y orientadoras sobre qué y cómo pueden hacerse las cosas, a modo de códigos de buen gobierno; que sea una actividad «asesora» de la autoridad supervisora.

²⁸ El modelo tradicional de autorizaciones administrativas previas o incluso, aunque en menor medida, las declaraciones responsables, resultan casi meros obstáculos en el camino de la actuación autónoma y responsable del patronato. Sus efectos más que supervisar, son los de retrasar la actividad, someter su conveniencia a la discrecionalidad administrativa. Y todo ello, dada además la penuria de medios, inexperiencia y dispersión de la autoridad reguladora, resulta raramente efectivo. De hecho se ha ido retirando de muchos países, que lo han sustituido por fórmulas distintas: mejor control de entrada, más supervisión diaria operativa, más auto-responsabilidad del gobierno fundacional, etc. Sobre todo ello se han mostrado muy críticos R. DE LORENZO, J. L. PIÑAR MAÑAS y T. SANJURJO, «Reflexiones en torno a las fundaciones...», cit., pp. 64-65.

²⁹ Sobre ello, J. M. «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», en J. L. PIÑAR y S. MUÑOZ MACHADO, *Anuario de Derecho de fundaciones 2009*, Iustel, 2009, pp. 131-151

³⁰ J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Las fundaciones ante el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Anuario de Derecho de fundaciones 2012*, cit., pp. 141 y ss.

- Que implemente mejores mecanismos como la supervisión de los deberes de gobierno bajo los principios de actuación fiduciaria como los que aplican las autoridades anglosajonas, basándose en los criterios creados jurisprudencialmente en el ámbito del gobierno corporativo³¹.
- Podría estar mejor regulado la existencia de fórmulas más ágiles en cuanto a las posibles actividades comerciales, con unos sistemas de patrimonialización más flexibles, de inversiones filantrópicas postpuestas por acumulación de fondos para tal fin, una mayor aceptación de inversiones (con riesgo), mejor regulación de las actividades comerciales conexas o relacionadas —o no— con el fin fundacional³², etc.

Esto, como es evidente, exige varias cosas: de un lado, la citada mejora de los criterios de gobierno fiduciario y su auto-supervisión, y de otro lado, una mejor «categorización» conceptual de las fundaciones.

Un tercer conjunto de reflexiones se dirige a la estructura y forma de actuar de propia autoridad reguladora, aspecto en que no basta, como ha ocurrido con el Protectorado único nacional, con una mera acumulación de estructuras (estáticas) y simplificación burocrático-institucional más aparente que efectiva (cuando no simple re-configuración burocrática). Varias CC.AA. han optado por aproximaciones más «profesionalizadas» y modernizadas de ésta (País Vasco, Cataluña, Valencia, en menor medida Andalucía)³³.

³¹ Estos lugares siguen, así, elaboraciones más o menos complejas y detalladas de las reglas clásicas del buen fiduciario, el «buen padre de familia» o del «empresario en sus propios negocios»: Cfrs. K. J. HOPT y T. V. HIPPEL (dirs.), *Comparative Corporate Governance of Non-profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010, en sus capítulos correspondientes.

³² I. MARTÍN DÉGANO, «Los tres tipos de actividades económicas exentas de las fundaciones y su conexión con los fines de interés general», en *Anuario de Derecho de Fundaciones 2014*, Iustel & AEF, 201 pp. 57 a 96.

³³ R. DE LORENZO ET ALIQ., «Reflexiones en torno a las fundaciones...», cit., pp. 62-63. La creación de un Registro y Protectorado único, autoridad reguladora unívoca y concentrada, ha sido un paso fundamental. Es cierto que, así considerada, puede objetarse que se convertiría en el «gran supervisor», el *panóptico* del sector fundacional. Lo cual podría tener los efectos negativos de una excesiva uniformización del sector, la conversión de las fundaciones en un «sector regulado», unos poderes cada vez más crecientes, etc. En tal sentido, en Estados Unidos ha rechazado en varias ocasiones la opción de crear una autoridad única —en gran medida muy difícil de establecer por estar ante una competencia estatal— la autoridad fiscal en el fondo lo ha acabado siéndolo así. Por su propia naturaleza y tamaño, ha mantenido, en todo caso, el sistema estatal de supervisión finalística a través de esa autoridad «singular» que es la Fiscalía general —a caballo entre lo administrativo, lo judicial y lo democrático-parlamentario—; conservando, eso sí, la vía cada vez mas fuerte de una autoridad tributaria federal (en realidad convertida en una potente máquina supervisora).

Es urgentemente necesaria la elaboración de, cuanto menos, una norma reglamentaria —nacional o autonómicas— que delimiten sus poderes con criterios transparentes, universales, unívocos, sólidos para determinar qué fines u objetivos son propios para la constitución/aceptación de una fundación porque cumplen con la utilidad pública. En un sentido similar a los que existen en los países señalados y, de algún modo, aparecen en la Ley de mecenazgo y sus disposiciones de desarrollo, aunque sea adaptándolos mejor a los criterios sustantivos del ser fundacional.

En ese sentido de evitar esa *burocratización* de la intervención administrativa, una de las tentaciones más *nacionales* es el de establecer de un severo código administrativo sancionador. Aunque no podemos dudar del efecto educativo y constructivo indirecto que pueda tener el miedo a la sanción³⁴, no deja de ser un remedo fácil y «rentable», pero poco constructivo. Máxime si lo que se pretende es crear un sistema equilibrado e incentivador de la recta intención privada en pro del bien común³⁵.

Debería combinarse esta mayor concreción e incluso aumento de poder con mejoras en el régimen de autonomía del gobierno fundacional, asemejándolo más al de las sociedades de capital, con criterios más flexibles de auto-contratación, con mejores posibilidades de pagos a patronos, mayores exigencias de profesionalidad y buen gobierno, códigos internos, formación, solución de quejas y demandas de usuarios y prestatarios de sus servicios,

³⁴ Siempre y cuando se aplique con criterios justos; y no como forma de castigo al indiferente, subvirtiendo su fin, como denunciara A. NIETO, *La «nueva» organización del desgobierno*, Ariel, 1996, en su totalidad.

³⁵ En este sentido, este sistema no debería servir como «subterfugio» para encubrir la ausencia de un ordenamiento que carece de complitud en su desarrollo general, en el que hay una injustificada atomización, junto con una clara falta de criterios técnicos y profesionales en su supervisión, y de univocidad de criterios administrativos, que no se ha recogido en una legislación penal específica —la institución lo merecería— y donde al final, la praxis administrativa y tributaria ha sido parca y poco transparente. En este campo no existe entre nosotros nada por el momento —aunque el último borrador nonato de reforma de la ley de fundaciones recoge un código sancionador (Criticado también en: J. C. ALLI TURRILLAS, «Las conexiones —y desconexiones— de las fundaciones privadas con el Derecho público», en *Ius Canonicum*, vol. 55, n.º 109, 2015, pp. 148-149). Sí existe en Inglaterra en su *Charities Act* y en Estados Unidos en el IRC. Alemania y Francia aplican códigos sancionadores administrativos generales según el sector regulado concreto, sin un código específico.

En puridad, es una institución que, si acaso, sirve como vector para realizar actividades, no lucrativas, que pueden estar insertadas en algún sector regulado (raramente sectores económicos básicos; más comúnmente sectores sociales, educativos, sanitarios y benéficos, otras veces culturales). Sobre ello he expuesto una visión crítica en: J. C. ALLI TURRILLAS, «Las conexiones —y desconexiones— de las fundaciones privadas...», cit., 115-154.

etc.³⁶. Así como un sistema penal y civil de responsabilidad *ad hoc* en su modelización y exigencias.

Así pues, una mejor recepción de las responsabilidades y sus posibles fallos en la LF y el Código Penal —que ahora residencia los posibles delitos en instituciones de este tipo junto con los de los entes mercantiles y sociedades con ánimo de lucro³⁷—, respectivamente, podría ser una mejor solución, combinada, como se ha dicho, con códigos de buen gobierno y de precaución inversoria, mecanismos para separar y proteger el patrimonio fundacional durante las investigaciones, etc. También daría primacía a la responsabilidad individual frente al peso que tiene en nuestro ordenamiento la figura interpuesta de la persona jurídica como parapeto al que pueden acogerse las torpezas de unos patronos poco solventes en términos de capacidad de gestión, formación y virtudes personales.

Tal propuesta enlaza el ya visto control de quién puede y no constituirse como fundación —el control del fin— y la necesidad de patrimonializar las fundaciones con una realidad ineludible del mundo actual, en el que la «fundación» debe también competir por los fondos y los fines con entes lucrativos o con otros semi-lucrativos —B-Corps, L3C y otras fórmulas de «filantropía de impacto» y equivalentes³⁸—, además del Estado, e incluso de sus propios compañeros de viaje.

* * *

Así las cosas y como conclusión de este análisis, podemos abundar en la demanda de un nuevas fórmulas y nuevos criterios de funcionamiento, gestión y, por todo ello, también de supervisión³⁹. Es necesario, así, acomodar la fundación legal a este nuevo panorama. En el fondo, el actual *nomen* fundación —que pudo ser un concepto unívoco, claro y distinto; un patrimonio dotado para el interés general— se ve acometido por diversas realidades que hacen que —quizá no siempre, pero sí muy frecuentemente— las fórmulas o moldes tradicionales no lo ciñan todo lo bien que quisieran. Y no solo por

³⁶ En tal sentido, R. DE LORENZO ET ALIQ., «Reflexiones en torno a las fundaciones...», cit., pp. 66-67. M. N. MATO PACÍN, «La autocontratación en el ámbito de las fundaciones. Supuestos y sistema de control», en *Anuario de Derecho de fundaciones 2012*, cit., pp. 153 y ss.; y J. M. EMBID IRUJO, «Obligaciones y responsabilidad de los patronos», cit., pp. 131-151.

³⁷ J. C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., pp. 290-297.

³⁸ Por todos, POSNER, E. y A. MALANI, «The Case for For-Profit Charities», en *Virginia Law Review* n.º 93 (2007); y R. MARKER, «Filantropía de impacto: sus significados, sus promesas y sus escollos», en *Anuario de Derecho de fundaciones 2013*, cit., pp. 205-226.

³⁹ M. REY GARCÍA, «La gestión de las fundaciones en el siglo XXI: retos, tendencias y hoja de ruta», en *RETS*, n.º 6 (mayo-agosto 2007), 37-54.

las otras fórmulas señaladas, que no dejan de estar fuera de los márgenes de la fundación, aunque compitan con ella. Sino también por la propia identidad de la fundación como forma única y unívoca.

En la sociedad del siglo XXI se han creado instituciones que son o querrían ser fundaciones y que provienen del asociacionismo o las ONGs. Estas están, por tanto, constituidas más en torno al fin altruista que sobre un patrimonio; buscan en sus operaciones y actividad los fondos y dotaciones para realizar su fin y su actividad. De otro, como se apuntó, hay una clara demanda de patrimonios flexibles y más operativos y, por lo tanto, con sistemas de control de éstos y de autorización de gastos y operaciones mucho más elásticos. Además parece urgente una mejor regulación de las actividades mercantiles y societarias que permitan a las fundaciones ser operadores económicos con garantías para la conservación de su naturaleza propia —incluso evitando el falseamiento competencial que supone su exención impositiva con respecto a otros operadores económicos, lucrativos— pero también con libertad para obtener dichos fondos necesarios para su subsistencia⁴⁰.

Si vemos estas reflexiones, ampliando el foco, sobre todo el fundacional español «tradicional», puede entenderse bien esto que apunto. Un problema global y relacionado con lo expuesto —y sin resolver en algunos de los diversos sistemas evaluados— es qué hacer con las fundaciones pequeñas. En España el 42% de las fundaciones tienen ingresos entre treinta mil y quinientos mil euros, lo cual las sitúa en este ámbito. En tanto que un 21% tienen menos de treinta mil euros (micro-fundaciones). Por lo tanto, un conjunto nada menos que formado por un 63% del total son fundaciones pequeñas o muy pequeñas⁴¹. Los problemas de profesionalización y medios en todas ellas son importantes y difíciles de cubrir⁴². Una mayor burocratización y cargas derivadas ¿ayudan?

Por un lado, como puede apreciarse, junto con un importante número de pequeñas y diminutas fundaciones, existe un importante número de grandes

⁴⁰ Tema al que J. M. Embid le ha dedicado acertados comentarios con una visión enriquecedora de qué es ser «operador» en el mercado económico moderno. Entre otros y por todos (aunque en otros lugares más recientes realiza nuevas apreciaciones de interés): J. M. EMBID IRUJO, «Empresa y fundación en el ordenamiento jurídico español (la fundación empresaria)», en *Anuario de Derecho de fundaciones* 2010, Iustel, 2010, y en J. M. EMBID IRUJO, «Fundación, Empresa, Patronato», en A. EMPARANZA SOBEJANO (dir.), *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones*, Marcial Pons, 2014.

⁴¹ J. J. RUBIO GUERRERO (coord.), *El Sector fundacional en España. Atributos fundamentales 2008-2014 (Tercer estudio)*, AEF & IAEF, 2016, in toto.

⁴² S. AGEA y E. DEL RÍO, «Situación de las fundaciones en España», en *Ehquidad International Welfare Policies and Social Work Journal* n.º 1 (January 2014) pp. 142-145.

fundaciones corporativas, y ahora bancarias, o provenientes de «fundadores» patrimonialistas⁴³, Para todo este grupo, visto algo simplificado en su conjunto, la regulación actual apenas aporta nada, pues por el origen de su patrimonio y dotación, de su patronato y los fines y objetivos, cuenta con «super-patronos» y estructuras —bancos, holdings, grupos familiares, etc.— que (bien podrían) someterlas a controles rigurosos y/o han establecido sistemas profesionales de dirección y gestión, inclusive contratando instituciones evaluadoras externas. Son fundaciones que tienen capacidad suficiente para, además, ser evaluadas externamente y competir en el mercado global a todos los efectos. Y si no lo hacen es, precisamente y también, porque las normas de fundaciones no se lo exigen (si se lo exigen a ellas mismas es por su propia voluntad).

Por otro lado, para las demás, un exceso de obligaciones puede ser insostenible para las pequeñas y mediano-pequeñas, por el sobrecoste que esto supone y la incapacidad de que sus patronos —normalmente personal no profesional, familiares, etc.— lleven a cabo las obligaciones más exigentes. Inglaterra optó por no registrarlas y, así, por así decirlo, sacarlas del sistema general, al que pueden unirse voluntariamente (lo cual no me parece la mejor solución). Estados Unidos se enfrenta al problema tributario de qué hacer para monitorizarlas, puesto que son legión (como también lo son las religiosas). Francia optó por el modelo, altamente interesante, de las *fondations abritées* o «bajo paraguas» de grandes fundaciones-institución que velan por su buen-hacer, dejándoles sin parte de su autonomía (pero sin dejar de ser, como tales, fundaciones, como también lo es la fundación que las ampara).

Así, en cierto sentido, tanto la Ley madrileña como, en mayor medida, la Ley nacional de fundaciones están sometida —pese a lo flexible de su forma fundacional— a una tensión conceptual que está empezando a resultar inaceptable; y por lo tanto que podría acabar produciendo un resquebrajamiento del sistema o modelo en su conjunto:

a) Parece, pues, haber llegado el momento de encarar una reconfiguración conceptual de la fundación que acepte esta realidad variada y variable. Ni el patrimonio, o su intangibilidad y tamaño, puede ser (ya) el elemento

⁴³ Aproximadamente un 11% de fundaciones viven de los rendimientos de su patrimonio. Un 16% han sido creadas entre 2008-2012 por Sociedades mercantiles (y un 8-9% por Cajas). Alrededor de 3,8 % tenían un tamaño superior a los 10 millones de euros (1,05 superior a los 50), casi un 11% entre 2 millones y medio y diez, y 9,54 entre un millón doscientos mil y dos millones cuatrocientos mil. Estas serían las cifras más orientadoras de la afirmación que señalo (que no está desagregada de otras de manera suficientemente clara). Lo cual supone casi un veinte y cinco por ciento del total. La Fundación de La Caixa es una de las más grandes, en términos operativos, del mundo. J. J. RUBIO GUERRERO (coord.), *El Sector fundacional en España...*, cit., *in toto*.

crucial, ni puede obviarse la necesidad de favorecer regímenes diferentes según cada tipo de «fundación» que, de hecho, existen conforme al origen de sus bienes, del patrimonio, de su fundador o creador, de su propia estructura de gobierno, e incluso de su operatividad. Francia lo ha hecho, Alemania también, EE. UU. es el país pionero en aceptar estas diferencias y crear un régimen (fiscal) ad hoc. Inglaterra lo tiene por la vía de los diversos vectores jurídicos utilizados por la *charity* y una actividad de la su autoridad regulatoria muy pragmática y adaptativa a cada «charity».

b) Por eso insisto en la necesidad de hacer una reconfiguración de muchos mecanismos de autorización, registro, principios de organización y competencias del patronato y de los controles y medos supervisión por parte del protectorado, en el sentido antes expuesto. Todo ello también favorecería un juicio más fino que evitaría la dicotomía identitaria que ahora mismo existen entre el lábil y poroso concepto de «fundación» que aplican las normas sustantivas de fundaciones, estatales y autonómicas, y el de entes «no lucrativos» aplicado por la Agencia Tributaria, con requisitos mucho más exigentes (y recelosos) hacia el fin que cumplen; lo cual, entre otras muchas consecuencias criticables, rompe la unidad de criterio que debería tenerse.

Hace años se mantuvo una gran discusión sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro: si eran o no una fundación. A resultas de la STC 49/1988 que simplifico temerariamente el debate, se sostuvo que no eran una «fundación» típica, pero sí una «fundación-empresa» cuya identidad y regulación apenas se consiguió rastrear⁴⁴. Luego vinieron las fundaciones «en mano pública» que sometieron al concepto y al sistema a una tensión intolerable que parece estar despejándose no sin haber dejado algunos jirones⁴⁵. Tales fundaciones en mano pública van a seguir, aunque sea re-administrativizándose cada vez más por mor a la compleja realidad de la contratación administrativa y otras demandas del Derecho de la UE. Pero las primeras, no obstante, han vuelto a la palestra pues en el proceso de *bancarización* que han sufrido las Cajas tradicionales se han convertido en un nuevo niño en el vecindario: las llamadas fundaciones *bancarias*⁴⁶.

⁴⁴ A. CASARES MARCO, «Crónica de una muerte anunciada: la restructuración y ocaso de las Cajas de Ahorros españolas», en *Revista Jurídica de Castilla y León* n.º 25 (septiembre 2011), pp. 211 y ss.; y J. C. ALLI TURRILLAS, *Fundaciones y Derecho administrativo*, cit., pp. 160-200.

⁴⁵ Aunque no sin daños «conceptuales» sistémicos: J. GARCÍA-ANDRADE, «La restructuración del sector público fundacional», en J. L. PIÑAR y S. MUÑOZ MACHADO, *Anuario de Fundaciones 2012*, Iustel, 2013, pp. 19-56.

⁴⁶ A ello le estoy dedicando el estudio bajo las recientes propuestas de L. M. SALAMON (*Philanthropication thru Privatization. Building Permanent Endowments for the Common Good*, John Hopkins CCSS, Baltimore, 2014).

Por todo ello resulta ya evidente y palmario que, como certeramente apuntaran en su momento tanto GARCÍA-ANDRADE⁴⁷ como PIÑAR MAÑAS, entre otros autores⁴⁸, el concepto tradicional de fundación como un patrimonio adscrito a un fin, muy determinado por la *voluntas fundatoris* hace agua por varias vías. Además de todo lo expuesto, porque ya desde su configuración por la LF de 1994, la capacidad decisoria y transformadora del gobierno fundación cobró una enorme fuerza sobre la constitución y la vida operativa de la fundación. Dicho de otro modo esto supuso un traslado del peso de la fundación desde el patrimonio como elemento en cierto sentido estático, hacia el de las operaciones dinámicas bajo el parámetro de fines, objetivos y resultados⁴⁹. Esto ha llegado ya, pero nada de la legislación, salvo en cierto modo la tributaria —con los peligros que antes apuntaba— se ha acomodado a esta realidad que las fundaciones demandan.

Las consideraciones finales tratan, pues, de apoyar medidas tendentes a crear un ambiente ordenado pero simplificado, sencillo, más bien incentivador, abierto y muy operativo; elementos generales que se aprecian en los sistemas mejor contruidos de entre todos los expuestos. Medidas, además, que la fundación —como ente— y las fundaciones —tanto como conjunto social como cada una en particular— exigen y merecen.

⁴⁷ Especialmente en: J. GARCÍA-ANDRADE, «Algunas acotaciones al concepto formal de fundación en la Constitución española», en *RAP* 155 (mayo-agosto 2001), in toto.

⁴⁸ Recogiendo otros textos: «Reflexiones en torno a las fundaciones...», cit., p. 63 (propuesta 5.^a); y «¿Qué fundaciones? La constante adaptación de una institución camaleónica», en VV.AA., *Tendencias legislativas y Tercer sector* (eds. M.^a Paz García Rubio y B. Trigo García), Universidad de Santiago de Compostela, 2005. «Tercer sector, sector público y fundaciones», *La enseñanza del Derecho administrativo. Tercer sector y fundaciones, XIII Congreso Italo-Español de profesores de Derecho administrativo (Salamanca, 2000)*, Cedecs, Barcelona, 2002; y «Tercer sector, sector público y fundaciones», en *Revista Española del Tercer Sector* n.º 1 (octubre-diciembre 2006), 15-37.

⁴⁹ O, como señala M. REY GARCÍA, identidad, capacidad y obsolescencia, que se traducen en transparencia, resultados y renovación de su ser y funcionar («La gestión de las fundaciones en el siglo XXI...», cit., pp. 45-47).



Las fundaciones en la Región de Murcia

Pilar Juana García Saura

Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA. INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. SITUACIÓN DE LAS FUNDACIONES.—II. CONTROL PRESUPUESTARIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO.—III. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RECAÍDAS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA EN MATERIA DE FUNDACIONES.

RESUMEN: En este estudio, tras una breve referencia a la situación actual de las fundaciones en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se analizan las modificaciones del presupuesto autonómico asignado en el ejercicio 2018 y las resoluciones judiciales recaídas durante el mismo.

En general, los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia vienen a dar continuidad a las medidas de contención del gasto público adoptadas anteriormente (pero en un contexto distinto). En los presupuestos de fundaciones del sector público autonómico se constata una subida del 19%, lo que supone un gran hito tras años de repetidas disminuciones en la asignación. En relación a cuestiones relativas a fundaciones dirimidas en la Audiencia Provincial y Tribunal Superior de Justicia de Murcia, éstas son de escasa incidencia con respecto al régimen jurídico de las mismas.

ABSTRACT: In this study are discussed, starting with a brief reference to the current situation of foundations in the Autonomous Community of the Region of Murcia, amendments to the budget autonomy assigned in the year 2018 and the judicial resolutions relapses during this period to finally observe the developments that have occurred in the Third regional Sector.

Overall, the Budget of the Autonomous Region of Murcia come to give continuity to the measures to contain public spending measures previously adopted in the budgets of public sector foundations Autonomous (but in a different context). In the budgets of foundations of the autonomous public sector there is a rise of 19%, which is very important after years of repeated decreases in the allocation.

PALABRAS CLAVE: Fundaciones, normativa, control presupuestario, resoluciones judiciales.

KEYWORDS: Foundations, regulatory developments, budgetary control, judicial decisions, Third Sector.

I. Medidas de reestructuración y racionalización de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Incidencia en el ámbito de las fundaciones del sector público. Situación de las fundaciones

En esta revisión anual sobre el ámbito de las fundaciones, analizamos las actuaciones que han significado alguna relevante innovación o aplicación del Derecho de Fundaciones en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Partimos de una aproximación a la situación actual de las fundaciones para, a continuación, analizar las modificaciones realizadas en el presupuesto autonómico respecto de las mismas y valorar las distintas sentencias que a lo largo de este período se han ido dictando.

A partir de la propia información suministrada por la Administración Regional¹, podemos apreciar que, durante el período objeto de estudio, no se ha producido ningún cambio relevante respecto a Fundaciones Públicas. Siguen siendo nueve: cuatro clasificadas de carácter docente², tres culturales³, una de fomento de la economía⁴ y otra de carácter asistencial⁵. Constatamos que durante este período tuvo lugar la extinción de la Fundación Parque Científico⁶ siguiendo en fase de liquidación la Agencia Regional de Gestión de la Energía de Murcia (Argem)⁷, ambas de carácter docente.

Con relación a las fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la situación de disolución constante de fundaciones, vivida en años anteriores, se ha revertido totalmente, creándose durante este período diecinueve (nueve de carácter docente: Fundación CAP Ciudad de Murcia, Fundación Marcelino Oliver, Fundación para la investigación y docencia quirúrgica y digestiva, Fundación Federaci, Fundación Reinvéntate Fas, Fundación Antonio Muñoz Armero,

¹ Información suministrada directamente por la Sección de Asociaciones, Fundaciones y Colegios Profesionales de la Consejería de Presidencia y Hacienda.

² Séneca. Agencia Regional de Ciencia y Tecnología, Instituto Euromediterráneo del Agua, Formación e Investigación Sanitarias de la Región de Murcia y Fundación Integra (Integración de recursos y nuevas tecnologías para la modernización de la Región de Murcia).

³ Mariano Ruiz Funes, Orquesta Sinfónica de la Región de Murcia y Cante de las Minas.

⁴ Instituto de Estudios Económicos de la Región de Murcia.

⁵ Fundación murciana para la tutela y defensa judicial de adultos.

⁶ Por resolución de 1/10/2018. Por Orden de 30/05/2013 ya se había llevado a cabo la ratificación del acuerdo de extinción del protectorado.

⁷ Creada en octubre de 2001. Por Orden de 04/04/2013 se llevó a cabo la ratificación del acuerdo de extinción del protectorado.

Fundación Juan Carrión Gañan, Fundación Komorebi y Fundación Pre-diac-Prevención, Disuasión y Actuación; cinco de carácter asistencial: Fundación Francisco Beltrán, Fundación Aula Dental, Fundación Afes Innova, Fundación Ambulancia del Deseo y Fundación Amás; dos de carácter tecnológico e industrial: Fundación Isaac Peral para la promoción y el desarrollo tecnológico e industrial de la Región de Murcia y la Fundación Excelem-Metal; una de carácter agrario: Fundación alimentos del Mediterráneo; una de carácter medioambiental: Fundación Natura Life Levante; y finalmente, la Fundación Sabic España clasificada como de investigación y desarrollo). Durante el período analizado se encuentran en trámite de disolución al estar pendiente el proceso de liquidación la Fundación Oficina de Congresos de Cartagena y la Fundación Clara Henares, ambas de ámbito cultural ejerciendo su protectorado la Consejería de Educación, Cultura y Universidades.

II. Control presupuestario de las fundaciones del sector público autonómico

Como la propia Administración regional y otras empresas públicas autonómicas, las aludidas fundaciones públicas han sido también destinatarias de medidas dirigidas a controlar el gasto asociado a su gestión, siendo sus presupuestos conjuntamente aprobados a través de la ley regional anual de presupuestos. En línea de continuidad con el previo ejercicio presupuestario, la Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2018⁸, ha venido a dar continuidad a las medidas de contención del gasto público anteriormente adoptadas.

En total, se destinan 25.560.551 € de los presupuestos para la financiación de las fundaciones del sector público autonómico. Se produce una subida del 19% lo que supone un gran hito tras años de repetidas disminuciones en la asignación. Así, todas las fundaciones —excepto la Fundación Integra— ven incrementada su asignación, las que más: la Fundación Mariano Ruiz Funes (con una subida del 86%) y la Fundación Séneca, Agencia Regional de Ciencia y Tecnología (49%). Las fundaciones que más incremento experimentan, como en los años anteriores, la Fundación para la Formación e Investigación Sanitaria (10.589.012 €) y la Fundación Séneca, Agencia Regional de Ciencia y Tecnología (8.814.146 €).

⁸ BORM núm. 297, de 27 de Diciembre de 2017.

TABLA 1. Asignación presupuestaria a Fundaciones del Sector Público Autonómico. 2013-2018

Fundaciones del Sector Público Autonómico	Presupuesto 2013 €	Dif.	Presupuesto 2014 €	Dif.	Presupuesto 2015 €	Dif.	Presupuesto 2016 €	Dif.	Presupuesto 2018 €
Fundación Mariano Ruiz Funes	8.000	-3.000	5.000	+3.000	8.000	-	8.000	+48.000	56.000
Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos	409.750	+8.834	418.584	+8.421	427.005	+6.628	433.633	+46.425	480.058
Fundación Séneca, Agencia Regional de Ciencia y Tecnología	3.122.216	+1.352.028	4.474.244	+17.147	4.491.391	+20.065	4.511.456	+4.303.690	8.814.146
Fundación Integra	3.074.765	-217.805	2.856.960	+3.022.655	5.879.615	-2.034.710	3.844.905	-2.893.862	2.893.862
Fundación Instituto Euro-mediterráneo del Agua	343.334	-95.454	247.880	+8.673	256.553	-18.263	238.290	+70.520	308.810
Fundación para la Formación e Investigación Sanitaria	11.273.967	-29.922	11.244.045	-1.921.292	9.322.753	+445.244	9.767.997	+821.015	10.589.012
Fundación Orquesta Sinfónica de la Región de Murcia	1.557.617	+280.787	1.838.404	+11.744	1.850.148	+33.469	1.883.617	+535046	2.418.663
TOTAL	22.143.473	-1.058.356	21.085.117	+1.150.348	22.235.465	-1.547.567	20.687.898	+4872653	25.560.551

Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley 13/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2013, Ley 13/2013, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2014, Ley 13/2014, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2016, Ley 1/2016, de 5 de febrero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2017 y Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2018.

La Ley de Presupuestos para el año 2018 se elabora, en un contexto de leve crecimiento⁹ lo que conlleva un ascenso de las grandes cifras del presupuesto.

Diferencias con el año anterior:

Las diferencias en las determinaciones establecidas por la Ley de presupuestos con referencia al año anterior son bastante exiguas a pesar del contexto de leve incremento. En este sentido, se sigue exigiendo que los expedientes de modificaciones de crédito que supongan a su vez una modificación de las subvenciones o aportaciones de cualquier naturaleza a favor de fundaciones del sector público autonómico, deben incluir las repercusiones que dichas modificaciones puedan producir en el presupuesto administrativo de la respectiva fundación y su autorización corresponderá al Consejero de Hacienda y Administraciones Públicas. No obstante, se detecta un cambio: cuando la cuantía de la modificación de crédito a efectuar sea superior al 20% (antes 10%) del presupuesto inicial de gastos de la fundación, la competencia corresponderá al Consejo de Gobierno. Por lo tanto, las competencias del Consejo de Gobierno se ven reducidas¹⁰.

Así mismo, se autoriza este año la convocatoria de puestos de trabajo vacantes de funcionarios de carrera o personal laboral fijo, en los términos establecidos en la normativa básica estatal¹¹. Debemos hacer notar que aún se mantiene la no autorización de convocatorias de puestos o plazas vacantes de personal laboral, salvo en casos excepcionales, para cubrir necesidades urgentes e inaplazables y contratar personal temporal, siempre que haya dotación adecuada y suficiente para ello; obligación de amortización de un número equivalente de plazas al de las jubilaciones que se produzcan; y la prohibición de aportaciones a los planes de pensiones de empleo o contratos de seguros colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación.

⁹ El producto interior bruto de Murcia en 2018 ha crecido un 1,5% respecto a 2017. Se trata de una tasa 16 décimas menor que la de dicho año, cuando fue del 3,1%.

¹⁰ Ya que en la Ley de Presupuestos del año anterior se establecía que sería competente «cuando la cuantía de la modificación de crédito a efectuar sea superior al 10% del presupuesto inicial de gastos de la fundación», *vid.* artículo 11 Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2018 BORM núm. 297, de 27 de diciembre de 2017.

¹¹ Disposición Adicional Decimoquinta: Medidas en materia de personal del sector público. Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2018 BORM núm. 297, de 27 de diciembre de 2017

En general, casi todas las medidas comentadas en el análisis realizado el año pasado se repiten, sin apenas novedades:

—con respecto a las retribuciones del personal al servicio de las fundaciones públicas, se establece que las dotaciones consignadas para estos gastos en los presupuestos administrativos de las fundaciones del sector público autonómico, tienen la consideración de limitativas. No obstante, los consejos de administración de las fundaciones podrán solicitar de forma justificada y cuantificada el incremento de los gastos de personal previstos inicialmente a través de la Consejería de la que dependan, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, a propuesta del consejero de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe vinculante de la Dirección General de Presupuestos y Fondos Europeos y de la Dirección General de Función Pública y Calidad de los Servicios.

Se considera asimismo que serán nulas de pleno derecho las contrataciones de personal, las modificaciones de las condiciones laborales y retributivas así como cualquier otro acto cuya realización o adopción implique que el total de gastos de personal previsto en cómputo anual de las fundaciones supere la dotación inicialmente aprobada en el presupuesto administrativo, sin la previa autorización del Consejo de Gobierno¹².

Se establece como tope para las retribuciones del personal directivo de las fundaciones públicas regionales, las correspondientes al cargo de director general de la Administración general (excluida la antigüedad que pudiera tener reconocida)¹³.

Así mismo, igual que en el ejercicio anterior, las fundaciones del sector público autonómico deben obtener autorización previa de la Consejería de Hacienda y Administración Pública para concretar operaciones de endeudamiento, incluidas aquellas por las que se modifican operaciones ya concertadas en la medida en que se alteren las condiciones financieras de las mismas¹⁴. Por otra parte, no necesitarán autorización del Consejo de Gobierno, sea cual sea su cuantía, las aportaciones destinadas a financiar las operaciones corrientes y de capital de las fundaciones del sector público, cuyos presupuestos se

¹² Artículo 22.7 Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2018 BORM núm. 297, de 27 de diciembre de 2017.

¹³ Artículo 26.2 Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

¹⁴ Dicha autorización se realizará a propuesta del Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia, quién se encargará de velar por la aplicación del principio de prudencia financiera en el ámbito del sector público regional. Artículo 53.1 Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

integran en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia¹⁵.

Corresponde a la Consejería de Hacienda y Administraciones Públicas velar por la coordinación de la gestión de tesorería de las fundaciones del sector público autonómico. A tal fin, dichas entidades deberán comunicar previamente a la Dirección General de Presupuestos y Fondos Europeos la apertura y cierre de cuentas en entidades financieras, así como facilitar con la periodicidad que ésta determine, sus saldos y movimientos¹⁶.

Durante el año 2018, las fundaciones del sector público que pretendan realizar un proyecto de inversión en infraestructuras públicas financiándolas a través de fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado, deberán remitir al Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia un estudio de su viabilidad económico-financiera que contemple las proyecciones de ingresos, gastos y resultados, valorando la aportación total prevista de la Comunidad Autónoma y la evaluación y reparto de los riesgos en cada fase del mismo. El Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia deberá emitir un informe preceptivo sobre estos proyectos de inversión¹⁷.

Constatamos que, durante el ejercicio 2018 se aplicaron las mismas medidas que en 2016 relativas a: suspensión de la convocatoria, concesión o abono de cualquier ayuda derivada del concepto de acción social u otro tipo de ayuda similar; no retribución de las horas extraordinarias que se deben compensar, obligatoriamente, con descansos adicionales el exceso de horas realizadas superiores a la jornada legalmente establecida; no abono de cantidad alguna en concepto de productividad variable, incentivos al rendimiento o complementos de idéntica o similar naturaleza (salvo para el personal investigador por la ejecución de programas de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i));

Se debe resaltar que la Ley de presupuestos realiza una modificación de la Ley 14/2012, de 27 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de reordenación del sector público regional. Concretamente, establece que las fundaciones públicas deberán transferir al Presupuesto de la Administración general de la Comunidad Autónoma de la región de Murcia, el importe del

¹⁵ Artículo 37 Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

¹⁶ Artículo 54.1 Ley 7/2017, de 21 de diciembre, de Presupuestos..., *ibidem*.

¹⁷ Que será vinculante en el caso de que emita informe desfavorable sobre la inversión en los términos propuestos Disposición Adicional Vigésimo octava. Infraestructuras financiadas con fondos públicos y privados. Ley 7/2017, de Presupuestos..., *ibidem*.

remanente derivado de transferencias de financiación o subvenciones recibidas de la Comunidad autónoma y no aplicadas a su finalidad. Debemos entender como transferencia de financiación la destinada a financiar, de forma genérica, la actividad propia de la entidad beneficiaria y éstas podrían ser de exploración o corrientes y de capital. No obstante, se viene habilitando al Consejo de Gobierno para que, a propuesta del titular de la consejería a la que figura adscrito la fundación, acuerde la financiación de los resultados negativos de ejercicios anteriores, con el saldo acreedor registrado en su contabilidad a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma a 31 de diciembre de cada ejercicio, por el remanente referido¹⁸.

Por todo lo cual, durante 2018 no se constatan novedades normativas significativas en el ámbito del sector fundacional.

III. Análisis de las resoluciones judiciales recaídas en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de Fundaciones

Para un análisis evolutivo de las resoluciones dictadas en materia de Fundaciones por los órganos jurisdiccionales radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia acumuladas durante el año 2018, desde el último período analizado, nos hemos remitido a la totalidad de sentencias existentes en las principales bases de datos, atendiendo a los criterios de orden jurisdiccional y materia.

De las resoluciones dictadas por la *Audiencia Provincial*, se analizan un total de 9, todas ellas de carácter civil. Algunas de estas sentencias se encuentran referidas, como en años anteriores, a actuaciones llevadas a cabo por la Fundación Murciana sobre Defensa y Tutela Judicial de Adultos. Distintas circunstancias son las que llegan a modular la atribución de la tutela: en la Sentencia 226/2018 de 20 septiembre¹⁹ se procede a revocar la tutela de un incapaz a la anterior fundación para otorgársela a la madre por aplicación del artículo 234 CC, por ser el incapacitado soltero²⁰; en la Sentencia 148/2018 de 17 de julio²¹ se produce la anulación de la declaración de tutela a la Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos por haberse producido, en el proceso en primera instancia, la omisión de una actuación preceptiva en los pro-

¹⁸ Disposición final quinta Ley Presupuestos.

¹⁹ SAP 226/2018, de 20 julio 2018 (Sección 5.ª Audiencia Provincial Cartagena).

²⁰ En términos parecidos véase la SAP 105/2018, de 15 abril (Sección 5.ª Audiencia Provincial Cartagena).

²¹ SAP 148/2018, de 17 julio (Sección 5.ª Audiencia Provincial Cartagena).

cesos de incapacitación como es el trámite de audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, tal y como contempla de forma categórica el artículo 759 LEC, declarándose así la nulidad de las actuaciones practicadas en ese proceso con retroacción de las mismas al momento de la celebración del acto de la vista. No se trata por tanto de una prueba que simplemente no se practicó, sino de la omisión de un presupuesto normativo esencial del proceso de incapacitación; Por su parte, en la Sentencia 100/2018, de 10 de abril²², se dilucida si un juez puede alterar el orden de prelación para el nombramiento de tutor al designar a las personas que deben ser nombradas tutoras. En este sentido, se llega a la conclusión que excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden de prelación establecido en los artículos 234CC y 235 «si el beneficio del menor o incapacitado así lo exigiere» y esto es porque debe siempre presidir tal designación el beneficio del incapacitado «posponiéndose otras preferencias de tipo familiar». Por esta razón, le compete al juzgador de instancia la facultad de decisión sin que los citados artículos 234 y 235 le obliguen a respetar necesariamente el orden de prelación que el primero de los preceptos contiene. En este mismo sentido la sentencia 229/2018, de 25 julio²³, donde una madre nombrada curadora de su hijo, solicita al juez renunciar a ello en favor de la Fundación y el juez así lo admite, entendiendo que una de las razones por las que un tribunal puede apartarse del orden/prelación legal es, aunque constituya un deber legal para el llamado a serlo en primer lugar, la conflictividad familiar, la existencia de relaciones tensas o de enfrentamiento ente ellos.

Por otro lado, la Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Judicial de Adultos ha sido nombrada en repetidas sentencias como tutora de incapacitados²⁴. Esta Fundación se configura, en consecuencia, como una herramienta fundamental para la protección de los intereses del incapacitado.

La Audiencia Provincial también ha conocido, durante el año objeto de estudio, recurso de apelación sobre un tema mercantil referido a una administración concursal (impugnación de la lista de acreedores) de la Fundación Casa Pintada²⁵.

En último lugar, la Audiencia Provincial conoce un tema relativo a la Banca y contratación mercantil. La sentencia 114/2018 de 5 marzo²⁶ confir-

²² SAP 100/2018, de 10 abril (Sección 5.ª Audiencia Provincial Cartagena).

²³ SAP 271/2018, de 25 julio (Sección 5.ª Audiencia Provincial Cartagena).

²⁴ Así la SAP 712/2018, de 8 noviembre (Sección 4.ª Audiencia Provincial Murcia) y SAP 250/2018, de 9 noviembre (Sección 5.ª Audiencia Provincial Cartagena).

²⁵ SAP 760/2018, de 22 noviembre 2018 (Sección 4.ª Audiencia Provincial Murcia).

²⁶ SAP 114/2018, de 5 marzo (Sección 1.ª Audiencia Provincial de Murcia).

ma una resolución de instancia donde se inadmitía la separación patrimonial existente entre la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM) y Banco Sabadell, reconociéndose la legitimación pasiva de la primera (hoy Banco de Sabadell), para ser demanda. Se estima que la nueva entidad que asumió todos los negocios, en sus facetas activa y pasiva, debe responder a las demandas judiciales lo que ubica a Banco Sabadell en posición de parte legitimada para ser llamada a juicio por quienes ostentan la pretensión reparadora, entenderlo de otra forma constituiría un fraude de ley ya que se les negaría (a los actores, clientes de la CAM) el acceso a ambas mercantiles en virtud de las vicisitudes entre ellas agotadas con motivo de la concentración de las empresas de financiación últimamente acaecido En España y en el resto de Europa.

Como destacamos en informes anteriores, tales cuestiones, dirimidas durante los últimos años por la Audiencia Provincial, no dejan de ser anecdóticas y con una incidencia muy escasa sobre el régimen jurídico de las fundaciones.

Con respecto a la jurisprudencia emanada por el *Tribunal Superior de Justicia de Murcia*, considerados los pronunciamientos evacuados por la Sala de lo Contencioso Administrativo y por la Sala de lo Social, en el período de tiempo estudiado, son muy pocas las sentencias relativas a fundaciones. Este Tribunal ha conocido distintas cuestiones relativas a las mismas: exclusión de la licitación del Servicio de Atención integral a personas inmigrantes en viviendas de acogida de la Fundación CEPAIM-Acción Integral con Migrantes²⁷; imposibilidad del reconocimiento de servicios prestados para la Fundación Residencia de Graus como prestados en una Administración Pública²⁸; impugnación de trabajador a la Fundación Diagrama, Intervención Psicosocial por modificación de condiciones de trabajo²⁹; y despidos³⁰.

²⁷ STSJ Murcia 81/2018, de 23 febrero (Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Sala 1.ª).

²⁸ STSJ Murcia 770/2018, de 29 noviembre (Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Sala 2.ª).

²⁹ STSJ Murcia 873/2018 de 10 octubre (Jurisdicción Social, Sección 1.ª).

³⁰ STSJ Murcia 1023/2018 de 22 noviembre (Jurisdicción Social, Sección 1.ª); STSJ Murcia 179/2018 de 21 febrero (Jurisdicción Social, Sección 1.ª); y STSJ Murcia 175/2018, de 21 febrero (Jurisdicción Social, Sección 1.ª).

Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

Martín María Razquin Lizarraga

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES.—II. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS DEL GOBIERNO DE NAVARRA.—III. JURISPRUDENCIA.—IV. INFORMES DE LA CÁMARA DE COMPTOS SOBRE FUNDACIONES.—V. LA REALIDAD DE LAS FUNDACIONES EN NAVARRA.

I. Normativa sobre fundaciones

Las fundaciones se han visto afectadas de forma muy importante, sobre todo, por dos leyes forales aprobadas en 2018.

Por un lado, la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (BON núm. 73, de 17 de abril de 2018) transpone la Directiva 2014/24/UE sobre contratos públicos y la Directiva 2014/23/UE sobre concesiones. Conforme a dicha normativa las Fundaciones vinculadas al sector público son poderes adjudicadores no Administraciones Públicas (PANAPS) y por tanto se hallan sometidas a lo dispuesto en la LFCP. La reforma es sustancial dado que ahora la LFCP de 2018 ha cambiado su estructura de modo que desaparece su anterior división en Libros, que dedicaba el Libro II a los contratos de los PANAPS, y ahora los integra dentro del ámbito subjetivo de la LFCP con aplicación íntegra de lo dispuesto en su Título Preliminar y en su Título I. Así su artículo 3. 1 letra a) indica que se aplica a los contratos públicos celebrados por las fundaciones vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas de Navarra o de la Universidad Pública de Navarra. Estas fundaciones «públicas» son entidades privadas de interés público y sin ánimo de lucro y su carácter de vinculación al sector público les viene dado por haber sido creadas por las Administraciones Públicas de Navarra, o financiadas por ellas o por su influencia dominante o por la designación de más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración o de dirección o vigilancia.

Por otra parte en el caso de fundaciones privadas que se encuentren fuera del ámbito del sector público, las obras o servicios vinculados a los contratos de obras subvencionadas en más del 50% por entidades sometidas a obligaciones de contratación pública también se encuentran sometidas a la LFCP (art. 4).

Sus contratos son privados, pero se encuentran parcialmente vinculados a la LFCP, en concreto a su Título I que regula la preparación, adjudicación, modificación de los contratos, subcontratación y condiciones especiales de ejecución. Así también se hallan sujetos al control del Tribunal Administrativo de Contratos de Navarra (art. 122) mediante la reclamación especial en materia de contratación pública que puede interponerse potestativamente contra cualquier tipo de acto en materia de contratos públicos (art. 122.2), siempre que se funde en algún motivo expresado en el artículo 124.3 LFCP, en suma, que se produzca una vulneración de las reglas de la contratación pública. Por otra parte, en la esfera del sometimiento parcial es competente la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 35.1), siendo por el contrario competente la jurisdicción civil para las controversias relacionadas con la ejecución y extinción de los contratos públicos, salvo las materias de modificación, subcontratación y condiciones especiales de ejecución (art. 35.2 LFCP).

Además, las fundaciones del sector público deben solicitar autorización de la Administración tutelante para la aprobación de contratos de valor estimado superior a tres millones de euros (IVA excluido) y para los de carácter plurianual.

En segundo lugar, la Ley Foral 5/2018, de 17 de mayo, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BON núm. 98, de 23 de mayo de 2018) se aplica a las fundaciones del sector público e incluso a las fundaciones privadas.

Su artículo 2.1. g) incluye dentro de su ámbito de aplicación a las fundaciones que reúnan las siguientes características: «Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades de las previstas en este artículo, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades». En definitiva, cualquier fundación del sector público queda incluida en su ámbito de aplicación y por tanto debe cumplir las obligaciones de publicidad activa y pasiva o derecho de acceso. Y su vinculación a las normas de transparencia es prácticamente total. Sin embargo, la LFT impone muchas obligaciones de transparencia activa solo para la Administración Foral, dejando fuera de algunas de ellas a las fundaciones.

Asimismo, aparecen sujetas las fundaciones vinculadas a partidos políticos, a federaciones de partidos, a agrupaciones de electores y a organizaciones sindicales y empresariales, cuando celebren contratos, suscriban convenios o perciban ayudas o subvenciones que generen obligaciones económicas con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra [art. 3 letra b)]. También se incluyen las fundaciones privadas que perciban, durante el período de un año, ayudas o subvenciones en una cuantía superior a 20.000 euros, o cuando las ayudas o

subvenciones percibidas representen al menos el 20% del total de sus ingresos anuales, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros [art. 3 letra c)]. No obstante, en el caso de las fundaciones del artículo 3 su vinculación se limita a la transparencia activa no al derecho de acceso y además, las obligaciones de transparencia activa que se les imponen son mínimas.

El cumplimiento de las obligaciones de la Ley de Transparencia está sometido, tanto para la publicidad activa como para el derecho de acceso, al control del Consejo de Transparencia de Navarra, que puede además imponer multas coercitivas e instar la apertura de procedimientos sancionadores o disciplinarios. Asimismo se contempla el régimen sancionador en la materia, disponiendo los sujetos responsables, las infracciones y las sanciones.

La Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo (BON núm. 98, de 23 de mayo) crea la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción. Esta Oficina aúna tanto las funciones de las oficinas antifraude de ámbito autonómico, como también las de la Oficina independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación prevista a nivel estatal en la Ley de Contratos del Sector Público. Y en su artículo 4 somete al control de esta Oficina las fundaciones del sector público, incluso cuando el dominio o participación sea inferior al 50% en cuyo caso la actuación de la Oficina se limitará al control de las actividades de gestión de servicios públicos, de ejecución de obras pública, de asistencia o suministro, a cuenta del sector público de Navarra.

Por su parte, la Ley Foral 30/2018, de 27 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias (BON núm. 250, de 31 de diciembre de 2018) ha modificado diversos preceptos de la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio.

II. Las fundaciones públicas del Gobierno de Navarra

A finales de 2018 se ha anunciado la creación de una fundación pública para la gestión directa de varios servicios sociales, aunque su creación efectiva se realizará en el año 2019.

III. Jurisprudencia

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17 de mayo de 2018 aborda una cuestión referida a las fundaciones. El caso se suscita por una demanda formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social frente a la Universidad Pública de Navarra entendiendo que varios profesores externos del título propio «Diplomado en intervención social» en la

modalidad no presencial, a través de una plataforma *online* de la UPNA son personal de la Universidad. La contratación se efectuó por medio de la Fundación Universidad Empresa dentro de un convenio de colaboración con la Fundación del Secretariado Gitano. La demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social y el recurso de suplicación fue asimismo desestimado por la Sala. La razón de la desestimación radica en que los profesores contratados no son trabajadores dado que su relación no tiene las notas de subordinación y dependencia. Se califica su relación como contrato administrativo de tareas docentes.

IV. Informes de la Cámara de Comptos sobre fundaciones

La Cámara de Comptos en su Informe de fiscalización titulado «Reestructuración del sector público foral de Navarra (2010-2016)» de octubre de 2018, se refiere a las fundaciones públicas de la Administración Foral y sus organismos autónomos. Indica que en los años 2010-2016 el número de fundaciones públicas se ha reducido de 7 a 4, puesto que tres de ellas han sido suprimidas, pasando sus funciones en un caso a la Administración Territorial o en otros dos a entidades privadas. Y, finalmente, contiene una relación de las cuatro fundaciones vigentes en 2016: Fundación Baluarte, Fundación Miguel Servet, Fundación para la Conservación del Patrimonio Histórico de Navarra y Fundación para la Tutela de las Personas Adultas.

V. La realidad de las fundaciones en Navarra

La Asociación de Fundaciones de Navarra, compuesta por 39 fundaciones, encargó un estudio sobre las fundaciones en Navarra (Informe elaborado por la empresa SIGMADOS fechado en septiembre 2018). Una gran parte de ellas (el 44,3%) han sido de reciente creación, a partir de 2012. Su creación ha obedecido a impulsos de particulares (64,6%), de empresas privadas (22,85) y de Administraciones Públicas (11,4%). Su sede principal es Pamplona, aunque el 46,8% tiene su sede fuera de la capital. Sus proyectos se desarrollan tanto a nivel local como autonómico y sólo el 24,1% tiene proyectos de alcance internacional. Las actividades principales son la promoción del arte y la cultura (26,6%), ayudas a colectivos con necesidades especiales (20,3%), educación (15,2%) y atención sanitaria, salud y nutrición (11,4%). En su actividad de conjunto el número de personas beneficiarias alcanza a más de 600.000 y su valor bruto aportado a la economía navarra supera los 76 millones de euros, dando trabajo directo a 3.760 personas. Su principal vía de financiación es la de las subvenciones públicas que llega al 53,2%, a la que siguen los ingresos por servicios y las donaciones particulares.

El derecho de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

Edorta Cobreros Mendazona

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

SUMARIO: I. AUSENCIA DE ACTIVIDAD NORMATIVA EN EL ÁMBITO DE LAS FUNDACIONES.—II. CONVOCATORIA DE SUBVENCIONES PARA ACTIVIDADES DEL TERCER SECTOR.—III. REFERENCIA JURISPRUDENCIAL.

RESUMEN: Este trabajo es la crónica del año 2018 referida al Derecho de las Fundaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

ABSTRACT: This work is a chronicle for year 2018 regarding the Law about Foundations within the Autonomous Community of the Basque Country.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Fundaciones. País Vasco.

KEYWORDS: Law of foundations. Basque Country.

I. Ausencia de actividad normativa en el ámbito de las fundaciones

Durante el año 2018 no se ha producido actividad normativa alguna, relacionada con el mundo de las fundaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma vasca.

II. Convocatoria de subvenciones para actividades del Tercer Sector

Dado el tipo de actividades que desarrollan bastantes fundaciones, puede tener algún interés, por su relevancia y cuantía económica, mencionar la Orden de 21 de febrero de 2018, de la Consejera de Empleo y Políticas Sociales, por la que efectúa, para el año 2018, la convocatoria prevista en el Decreto 271/2012, de 4 de diciembre, por el que se regulan las subvenciones para el fomento de actividades del Tercer Sector Social en el ámbito de la intervención social en el País Vasco.

Esta Orden, se encuentra incluida en el Plan estratégico de subvenciones para el año 2018, aprobado en cumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Las líneas subvencionales desarrolladas en esta Orden son las siguientes: 1) Actividades de intervención social con personas, familias, grupos y comunidades. 2) Actividades para el fortalecimiento de la acción voluntaria y la participación asociativa en la intervención social. 3) Actividades de gestión del conocimiento para la intervención social.

III. Referencia jurisprudencial

Vamos reseñar aquí dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

La primera es de fecha 6 de febrero de 2018 (rec. núm. 1063/2017) y se trata de un recurso en el que se impugna acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Regional de País Vasco, en materia de liquidación del IVA, y de la que nos interesan algunas consideraciones sobre la actividad económica de una fundación, en concreto, la Fundación Titanic orientada a realizar actividades divulgativas sobre la historia del buque del mismo nombre (que culminaron en 2015 con una serie itinerante de exposiciones), donde la Fundación ha venido percibiendo el producto de las entradas y de las ventas de *merchandising* (siempre sujeto a IVA). A este respecto merece recoger algunas consideraciones que hace esta resolución judicial:

«La circunstancia de que no se trate de una sociedad mercantil no excluye la cualidad empresarial a efectos del tributo, pues lo que señala el artículo 5.Uno b) de la Ley es que dichas mercantiles se reputan en todo caso empresarias o profesionales, y no que solo lo sean ellas. Lo que determina la condición empresarial o profesional no es la forma estructural y personal (lo pueden ser las personas físicas, o las Comunidades de Bienes y demás entes sin personalidad y patrimonios separados a efectos del artículo 35.4 LGT), sino la caracterización de la actividad de prestación de bienes y servicios que realicen mediante contraprestación.

Por ello, el aspecto determinante no es que los cargos de patronos de la fundación sean gratuitos sino que lo sean los servicios que presta, lo que en modo alguno ocurre en este caso en que se justifica una actividad continuada de exhibición y divulgación del objeto y temática histórica de la Fundación a la que el público en general accede mediante pago de un precio, que también se obtiene de la venta de objetos según la modalidad de *merchandising*».

La segunda sentencia, de la misma Sala, es la de 5 de marzo de 2018 (rec. núm. 1052/2017), de la cual sólo nos interesa destacar que la Fundación Internacional OBelen, encargada del acogimiento residencial de personas menores de edad en situación de desprotección en dos centros cedidos por la Diputación Foral de Gipuzkoa, viene obligada a devolver ambas instalaciones en el estado de conservación y funcionamiento adecuados, pues es a la concesionaria a la que le compete el mantenimiento y conservación de las obras, instalaciones y mobiliario, así como la reposición del utillaje e instrumental.



CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPA



Crónica europea 2018

Isabel Peñalosa Esteban

Directora de Relaciones Institucionales y Asesoría Jurídica
Asociación Española de Fundaciones

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: INICIATIVAS EUROPEAS EN TRAMITACIÓN DURANTE EL 2018.— II. DIRECTIVAS «CUARTA» Y «QUINTA» RELATIVAS A LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO: 1. *Transposición al ordenamiento español de la IV Directiva: fundaciones y asociaciones*. 2. *Registro de titularidades reales y entidades sin fines de lucro*.— III. INICIATIVAS DEL SECTOR FUNDACIONAL PARA LA REPRESENTACIÓN DE SUS INTERESES EN EUROPA: LA CREACIÓN DE UN ESPACIO ÚNICO EUROPEO PARA LA FILANTROPÍA.

I. Introducción: iniciativas europeas en tramitación durante el 2018

A lo largo de 2018, coincidiendo con la recta final de la legislatura del Parlamento Europeo, se inició la tramitación de distintos procesos relevantes para el sector fundacional y el tercer sector social en general, cuya aprobación definitiva no se ha producido hasta 2019.

El nuevo *Marco Financiero Plurianual* (MFP o MFF por sus siglas en inglés) 2021-2027, inició su tramitación con la propuesta legislativa que la Comisión realizó el 2 de mayo de 2018¹. La propuesta de la Comisión incluía siete bloques: i) mercado único, innovación y economía digital; ii) cohesión y valores; iii) recursos naturales y medioambiente; iv) migración y gestión de las fronteras; v) seguridad y defensa; vi) vecindad y resto del mundo; y vii) administración pública europea.

Entre los mecanismos de financiación europeos contemplados en el primer bloque se ha incluido el *Fondo InvestEU*, que agrupará en una única estructura los distintos instrumentos financieros de la UE actualmente disponibles y ampliará el modelo del Plan de Inversiones para Europa, el «Plan Juncker». El Programa *InvestEU* tiene como objetivo permitir a la Comisión

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un presupuesto moderno para una Unión que proteja, empodere y vele por la seguridad. El marco financiero plurianual para el período 2021-2027. Bruselas, 2.5.2018 COM (2018) 321 final.

estimular más la inversión, la innovación y la creación de empleo, generando inversiones adicionales estimadas en 650.000 millones de euros.

La propuesta de regulación de la Comisión Europea para el nuevo programa *InvestEU* dentro del Marco Financiero Plurianual 2021-2027, se publicó el 6 de junio de 2018², por lo que su tramitación y aprobación ha continuado durante 2019. Se trata de un instrumento de garantía que unifica bajo un mismo paraguas varios instrumentos financieros de la Unión Europea. El programa *InvestEU* introduce instrumentos financieros de garantía para inversiones en determinadas políticas y, en su versión definitiva, contempla a las fundaciones como potenciales co-inversoras, lo que podría suponer un incentivo para fundaciones que realicen inversiones relacionadas con su misión, que se podrían beneficiar de este instrumento.

Los programas que podrán ser financiados a través de este instrumento se agrupan en cuatro áreas: i) infraestructuras sostenibles; ii) investigación, innovación y digitalización; iii) pequeñas empresas; y iv) inversión social y cualificaciones.

Esta última, denominada la «ventana social» de *InvestEU*, está dirigida a garantizar la inversión en educación, formación, vivienda social, escuelas, universidades, hospitales, innovación social, asistencia sanitaria, cuidados de larga duración y accesibilidad, microfinanciación, emprendimiento social, integración de migrantes, refugiados y personas vulnerables, entre otras áreas. Por ello, se espera que a través del instrumento se pueda beneficiar el desarrollo de programas en áreas en las que se encuentran involucradas muchas fundaciones y el tercer sector social en general.

Asimismo, en 2018, el Comité Económico y Social Europeo acordó promover una opinión sobre filantropía, cuya aprobación definitiva se ha producido también en 2019.

Este dictamen fue solicitado por la Presidencia rumana del Consejo mediante carta de 20 de septiembre de 2018, de acuerdo con lo previsto en el artículo 304 del Tratado de Funcionamiento de la UE que señala que el Comité será consultado por el Parlamento Europeo, el Consejo o por la Comisión, en los casos previstos en los Tratados. Añade que estas instituciones podrán consultarle en todos aquellos casos en que lo consideren oportuno.

Este dictamen, aprobado en mayo de 2019, con el título *Filantropía Europea: un potencial sin explotar*, destaca «la complementariedad y la capacidad de

² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Programa InvestEU. Bruselas, 6.6.2018 COM (2018) 439 final 2018/0229 (COD).

las organizaciones filantrópicas para satisfacer las necesidades reales de las personas más vulnerables». Hace un llamamiento a los Estados miembro y a las instituciones comunitarias para que se eliminen las barreras existentes en la actualidad, como las que encuentran las fundaciones al actuar en otros Estados, reconociendo que aún no se aplica de forma efectiva al sector el principio de no discriminación y de libre circulación de capitales. Además, recomienda a los Estados miembro que reconozcan la filantropía como una forma de demostrar el compromiso y la participación de la sociedad.

Desde el sector fundacional se espera que este pronunciamiento, entendido como un espaldarazo al sector no lucrativo, sirva para continuar el diálogo iniciado con el Comité Económico y Social Europeo y con las instituciones europeas y nacionales para transformar estas recomendaciones en acciones concretas. Llega, además, en un momento clave, en el que cada vez más actores reconocen el estrechamiento del espacio de actuación de las organizaciones de la sociedad civil en distintos ámbitos y países.

Estas iniciativas, como se ha señalado, han visto su cristalización en 2019 por lo que nos referimos a continuación a aquellas otras que han entrado en vigor o cuyo efecto se ha desplegado plenamente en 2018.

II. Directivas «Cuarta» y «Quinta» relativas a la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

En mayo de 2018 fue aprobada la denominada V Directiva, la *Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE*.

Su aprobación se produce muy poco tiempo después de la aprobación de la llamada IV Directiva, la *Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015*, y coincide, en España, con la transposición de esta última.

1. Transposición al ordenamiento español de la IV Directiva: fundaciones y asociaciones

La transposición de la IV Directiva se produce en nuestro país a través del *Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, de transposición de directivas en materia de protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores, prevención del blanqueo de capitales y requisitos de entrada y residencia de nacionales de países*

terceros y por el que se modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En concreto, su título segundo introduce una serie de modificaciones de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo. Su entrada en vigor se produjo el 4 de septiembre de 2018.

En el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países, las asociaciones y las fundaciones son sujetos obligados, aunque parciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1, x) de la Ley 10/2010. Esta opción del legislador, a juicio del sector, no acaba de ser respetuosa con el enfoque riesgo a que hace alusión el Grupo de Acción Financiera (GAFI o FATF por sus siglas en inglés) en su recomendación octava, referida a las entidades sin ánimo de lucro.

Esta recomendación fue modificada en 2016, tras una consulta pública del organismo intergubernamental en la que participó ampliamente el sector. También fue modificada su nota interpretativa, de forma que el GAFI, como la Unión Europea, aun calificando al sector no lucrativo como un sector de riesgo, matizaba que no todas las entidades lo son en la misma medida y que cada país revisará la adecuación de su regulación, atendiendo a la tipología de aquellas organizaciones que se hayan podido identificar como particularmente vulnerables.

Nuestro ordenamiento, por el contrario, hace tabla rasa, y no distingue distintas tipologías. Ni por tipo de entidades, ni en función de las actividades que realicen o de las formas de financiación —entidades donantes y operativas, por ejemplo—. Tampoco distingue el ámbito territorial en el que desarrollen sus actividades —nacional o internacional—. Señala que son sujetos obligados parciales e incluye en el artículo 39 la obligación de identificar tanto a los donantes como a las entidades o personas a las que otorguen ayudas. Sólo una interpretación integradora del régimen de obligaciones de fundaciones y asociaciones y el de otros sujetos obligados ha permitido ir configurando un régimen propio para las entidades sin fin de lucro que, en algunos casos, puede resultar desproporcionado.

El *Real Decreto-ley 11/2018* introdujo distintas modificaciones como consecuencia de la transposición de la IV Directiva. No obstante, algunas de las novedades de la Directiva ya habían sido introducidas mediante modificaciones anteriores de la *Ley 10/2010*, por la *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* y por el *Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo*, por el que se aprobaba el Reglamento de desa-

rrollo de la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Esto fue posible, de acuerdo con la exposición de motivos del Real Decreto-ley, «porque la normativa de la Unión se inspira directamente en las Recomendaciones del GAFI a la hora de fijar la regulación armonizada sobre esta materia».

En efecto, así es. Fue precisamente el Real Decreto *304/2014, de 5 de mayo*, el que acabó de completar la regulación de las obligaciones de fundaciones y asociaciones en materia de prevención de blanqueo y financiación del terrorismo a través de su artículo 42. Este artículo introdujo lo que puede calificarse como «agravio» o tratamiento no proporcional para el sector no lucrativo, al imponer el umbral de identificación de donantes y ayudas otorgadas a personas o entidades beneficiarias en 100 euros, siendo el umbral para otros sujetos obligados por otro tipo de operaciones de 1.000.

El Real Decreto-ley no introdujo novedades específicas para asociaciones y fundaciones. No obstante, algunas modificaciones les han afectado en los mismos términos que a otros sujetos obligados. En particular, el endurecimiento de las sanciones. De acuerdo con el artículo 52.3, b) de la *Ley 10/2010*, constituyen infracciones graves el incumplimiento por fundaciones y asociaciones de las obligaciones de identificación a que se refiere el artículo 39 de la misma norma.

En consecuencia, tras esta modificación, la falta de identificación del titular formal y real de los donantes o de las personas o entidades donatarias por parte de asociaciones y fundaciones, podría dar lugar a la imposición de una multa mínima de 60.000 euros y máxima hasta la mayor de las siguientes cifras: el 10 por ciento del volumen de negocios anual total del sujeto obligado, el tanto del contenido económico de la operación, más un 50 por ciento, el triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan determinarse, o 5 millones de euros.

Además de la sanción que corresponda imponer al sujeto obligado, en este caso, la fundación o asociación, por la comisión de infracciones graves, se podrán imponer multas de entre 3.000 y 5 millones de euros, a quienes, ejerciendo en el mismo cargos de administración —patronos o miembros de la junta directiva de asociaciones— o dirección, o la función de experto externo, fueran responsables de la infracción. En ambos casos la multa irá unida a la amonestación pública o privada de la entidad y de los responsables, en su caso, y de la administración o dirección, tal y como ya se recogía en la redacción anterior.

Tanto la propuesta de reforma de la ley de prevención de blanqueo de capitales como del reglamento fueron sometidas a información y consulta pública antes de su tramitación por parte del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Así, en enero de 2018, el sector no lucrativo realizó y trasladó sus propuestas a ambos textos³.

Las propuestas que se formularon al proyecto legislativo fueron las siguientes. En negrita se recoge el texto que se proponía respecto a la redacción del anteproyecto, con sus correspondientes justificaciones:

I. PROPUESTA.

«Artículo único. Modificación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

La Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo queda modificada como sigue:

[...]

Veinticuatro (nuevo). El artículo 39 queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 39. Fundaciones y asociaciones.

El Protectorado y el Patronato, en ejercicio de las funciones que les atribuye la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y el personal con responsabilidades en la gestión de las fundaciones velarán para que éstas no sean utilizadas para el blanqueo de capitales o para canalizar fondos o recursos a las personas o entidades vinculadas a grupos u organizaciones terroristas.

A estos efectos, todas las fundaciones conservarán durante el plazo establecido en el artículo 25 registros con la identificación de todas las personas que aporten o reciban a título gratuito fondos o recursos de la fundación, en los términos de los artículos 3 y 4 de esta Ley. Estos registros estarán a disposición del Protectorado, de la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias o de sus órganos de apoyo, así como de los órganos administrativos o judiciales con competencias en el ámbito de la prevención o persecución del blanqueo de capitales o del terrorismo.

³ Las propuestas fueron formuladas de forma coordinada por un grupo de fundaciones y asociaciones individuales y por organizaciones paraguas que han constituido un grupo de trabajo. En concreto: Asociación Española de Fundaciones; Asociación Española de Fundraising; Fundación Ayuda en Acción; Cáritas Española; Coordinadora de Organizaciones de Cooperación al Desarrollo; Cruz Roja Española; Fundación Lealtad; Fundación Repsol; Manos Unidas; ONCE; Plataforma de ONG de Acción Social y Unicef.

Salvo que las operaciones de captación o destino de los fondos presenten un alto riesgo, las fundaciones podrán aplicar medidas simplificadas de diligencia debida para la identificación de las personas que aporten o reciban fondos.

Reglamentariamente podrá exceptuarse la aplicación de cualesquiera medidas de diligencia debida en aquellos casos en que, bien por el tipo de operación, bien por su cuantía, presenten un escaso riesgo de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.

*Lo dispuesto en los párrafos anteriores será asimismo de aplicación a las asociaciones, correspondiendo a los miembros del órgano de representación **y al personal con responsabilidades en la gestión, así como** al organismo encargado de verificar su constitución, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas por el artículo 34 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, cumplir con lo establecido en el presente artículo.*

Atendiendo a los riesgos a que se encuentre expuesto el sector, podrán extenderse reglamentariamente a las fundaciones y asociaciones las restantes obligaciones establecidas en la presente Ley”».

II. JUSTIFICACIÓN.

En el análisis de riesgos realizado por la Comisión Europea [COM(2017) 340 final] se pone de manifiesto que, tanto las entidades sin fines de lucro que realizan actividades asistenciales o de atención a las personas o actuación directa, como aquellas que realizan actividades de sensibilización, incidencia o actividades filantrópicas, presentan un riesgo significativo o muy significativo, a las actividades de blanqueo, pero sobre todo de financiación del terrorismo.

Sin embargo, también reconoce que estas entidades no están contempladas expresamente en el ámbito subjetivo de la Directiva, y que no todas presentan el mismo riesgo, sobre todo, en el caso de las organizaciones que están inscritas en algún registro administrativo y que tienen un cierto grado de supervisión, como es el caso, en España, de las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública.

Por ello, la normativa interna debería recoger un enfoque riesgo, también recomendado por el GAFI, y poner el acento en aquellas actividades u operaciones que presenten un riesgo significativo y que, como señala la Comisión, no son todas. Ni si quiera presentan el mismo riesgo todas las actividades en las que se captan o se aplican fondos, pues ello dependerá de los medios e instrumentos que se utilicen, o de elementos tales como:

—Naturaleza de las actividades que desarrolle la organización y si estas se llevan a cabo en zonas consideradas de riesgo o en conflicto.

—Utilización de efectivo o de sistemas financieros informales en la captación o destino de los fondos.

—Realización de campañas de captación de fondos del público en general que impliquen el uso de efectivo.

—Naturaleza de las contrapartes.

La redacción actual del artículo 39 no contiene este enfoque y, aunque pone el acento en las actividades de captación y aplicación de los fondos, no establece ningún tipo de graduación en las medidas a adoptar, ni toma en consideración elementos como los referidos anteriormente.

En consecuencia, a juicio del sector, sería conveniente y estaría justificado que el propio articulado de la ley reconociera no sólo que no todas las actividades de las organizaciones no lucrativas presentan la misma vulnerabilidad, haciendo hincapié en la captación y aplicación de los fondos, sino que no todas las organizaciones ni las formas de captación presentan el mismo riesgo, dejando al desarrollo reglamentario la determinación de aquellos elementos que puedan ser relevantes y que deban obligar a aplicar medidas de diligencia normales o reforzadas. Todo ello sin dejar de contemplar a las entidades sin fin de lucro como sujeto obligados.

En cuanto al texto reglamentario, sometido a audiencia pública al mismo tiempo que el texto legal, se hicieron las siguientes observaciones. En *negrita* se recoge el texto que proponía respecto a la redacción del anteproyecto así como las correspondientes justificaciones. En muchos casos iban dirigidas a incorporar al texto reglamentario los criterios derivados de la consulta no vinculante emitida por el Tesoro (consulta 34/2017) en respuesta a distintas cuestiones planteadas por el mismo grupo de organizaciones no lucrativas:

I. PROPUESTAS.

PRIMERA. ARTÍCULO ÚNICO. APARTADO SIETE.

PROPUESTA.

«El apartado 4 del artículo 13 queda redactado del siguiente modo:

“4. Los sujetos obligados podrán aceptar medidas de diligencia debida practicadas por sus filiales o sucursales domiciliadas en terceros países siempre que:

a) el grupo establezca y aplique medidas comunes de diligencia debida y de registro de operaciones, y tenga aprobados unos controles internos

en materia de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo cuya supervisión esté atribuida a un órgano de control interno con facultades a nivel de grupo.

b) que la aplicación efectiva de las medidas referidas en el punto anterior sea supervisada a nivel de grupo por la autoridad competente del país donde se ubica la matriz del grupo.

A efectos de lo dispuesto en este apartado, tendrán la consideración de filial o sucursal, las entidades sin fines de lucro domiciliadas en terceros países siempre que estén controladas por fundaciones o asociaciones en los términos a que se refiere el artículo 8, letra d), o que formen parte de una red de entidades sin fines de lucro de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición adicional primera del Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos”».

JUSTIFICACIÓN.

El artículo 42.1 del reglamento señala que las entidades sin fines de lucro deben identificar a los beneficiarios de sus proyectos. En aquellos casos en que no sea posible la identificación individualizada, se procederá a la identificación del colectivo de beneficiarios y de las contrapartes o colaboradores en dicho proyecto o actividad.

En muchos casos, esas contrapartes son entidades dependientes o ligadas a la fundación o asociación española, si bien, al tratarse de formas no societarias, no siempre puede trasladarse el concepto de «filial».

Por ello, se considera oportuno trasladar el concepto de control a que se refiere el artículo 8, letra d), del reglamento, al de filial de una entidad sin fin de lucro. De esta manera, conforme al artículo 42.1, aunque las fundaciones y asociaciones tengan que identificar no sólo a la contraparte sino al colectivo de beneficiarios, podrán aceptar las medidas de diligencia aplicadas por esas entidades dependientes, siempre que se den los demás requisitos exigidos para otros sujetos obligados.

Asimismo, en ocasiones, no existe una estructura de control, sino que tal y como señala la disposición adicional primera del Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, las entidades sin fines de lucro pueden establecer vínculos de cooperación con otras entidades sin fines lucrativos para el mejor ejercicio de sus fines sociales, en relaciones distintas de las de propiedad, control o gestión comunes, tales como el uso de un nombre

común, compartir políticas, procedimientos de calidad, estrategias o recursos profesionales o del voluntariado, tanto en su actividad operativa, como en lo relativo a su financiación o inversión, o a su política de información y rendimiento de cuentas.

SEGUNDA. ARTÍCULO ÚNICO. APARTADO OCHO.

PROPUESTA.

«Ocho. Las letras c), d) y e) del artículo 15 quedan redactadas del siguiente modo y se añade una letra f):

“c) Las entidades financieras, domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros equivalentes que sean objeto de supervisión para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

d) Las sucursales o filiales de entidades financieras, domiciliadas en la Unión Europea o en países terceros equivalentes, cuando estén sometidas por la matriz a procedimientos de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

e) Las sociedades cotizadas cuyos valores se admitan a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad, así como sus sucursales y filiales participadas mayoritariamente.

f) Las fundaciones y las asociaciones de utilidad pública inscritas que rindan cuentas al protectorado o al registro de asociaciones correspondiente”».

JUSTIFICACIÓN.

Las fundaciones y asociaciones de utilidad pública son entidades sujetas a una serie de obligaciones y a un régimen de supervisión por los protectorados y registros de asociaciones, de acuerdo con lo previsto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones o en las correspondientes normas autonómicas, y en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Ello implica que estén obligadas a rendir cuentas ante los correspondientes organismos administrativos, quienes disponen de facultades de revisión formal y material. Por esta razón, la Ley 10/2010 les atribuye, junto al patronato u órganos de representación, la obligación de velar para que

no sean utilizadas para el blanqueo de capitales o la financiación de actividades delictivas.

Dado este régimen de supervisión reconocido en la propia norma de prevención y en las normas sustantivas, así como en el Informe de Evaluación Mutua del GAFI sobre España de diciembre de 2014, se considera oportuno proponer que, como clientes de otros sujetos obligados, fundaciones y asociaciones de utilidad pública sean susceptibles de aplicar medidas de diligencia simplificada, al igual que otras entidades sujetas a algún tipo de supervisión. Quedarían fuera de esta consideración las asociaciones que no tenga la utilidad pública.

Esto podría contribuir, además, a evitar posibles situaciones de exclusión financiera, a cuya evitación se refiere el GAFI en sus informes y recomendaciones.

TERCERA. ARTÍCULO ÚNICO. APARTADO CATORCE (NUEVO).

PROPUESTA.

«El apartado 1 del artículo 28 queda redactado del siguiente modo:

“1. Los sujetos obligados conservarán toda la documentación obtenida o generada en aplicación de las medidas de diligencia debida, con inclusión, en particular, de las copias de los documentos fehacientes de identificación, las declaraciones del cliente, la documentación e información aportada por el cliente u obtenida de fuentes fiables independientes, la documentación contractual y los resultados de cualquier análisis efectuado, durante un período de diez años desde la terminación de la relación de negocio o la ejecución de la operación ocasional.

A efectos de lo dispuesto en el artículo 42.2 de este reglamento, las fundaciones y las asociaciones no tendrán obligación de conservar copia de los documentos nacionales de identidad o documentos equivalentes a que se refiere el artículo 6.1, a) de este reglamento”».

JUSTIFICACIÓN.

En diversas ocasiones se ha manifestado por parte la administración que no es necesario que la identificación de las personas físicas donantes se acompañe de la conservación del DNI, y así se ha señalado en la consulta 34/2017, de la Subdirección General de Inspección y Movimientos de Capitales. Sin embargo, a efectos de seguridad jurídica, sería deseable que constara de alguna manera en la norma.

CUARTA. ARTÍCULO ÚNICO. APARTADO VEINTIDÓS.

PROPUESTA.

«Veintidós. **El artículo 42** queda redactado del siguiente modo:

“1. Las fundaciones y asociaciones identificarán y comprobarán la identidad de todas las personas que reciban a título gratuito fondos o recursos. Cuando la naturaleza del proyecto o actividad haga inviable la identificación individualizada o cuando la actividad realizada conlleve un escaso riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, se procederá a la identificación del colectivo de beneficiarios y de las contrapartes o colaboradores en dicho proyecto o actividad **sin que sea necesaria la identificación y comprobación individualizada mediante documentos fehacientes.**

2. Las fundaciones y asociaciones identificarán y comprobarán la identidad de todas las personas que aporten a título gratuito fondos o recursos por importe igual o superior a 100 euros en efectivo o mediante el uso de sistemas de pago anónimos. El umbral de identificación será de 1.000 euros para las aportaciones recibidas por transferencia **o domiciliación** desde una cuenta abierta en una entidad de crédito española, **de la Unión Europea o de países terceros equivalentes, así como a través de tarjetas bancarias y de cualquier otro medio de pago que permita conocer la identidad de los intervinientes.**

3. **De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1 de este reglamento, no será necesaria la identificación y comprobación del titular real cuando las fundaciones y asociaciones aporten o reciban fondos o recursos a título gratuito de una misma persona por importe inferior o igual a 15.000 euros.**

La identificación y comprobación del titular real, cuando proceda, podrá realizarse, con carácter general, mediante una declaración responsable, en los términos previstos en el artículo 9 de este reglamento.

4. Sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 39 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, y de las obligaciones que les resulten aplicables de acuerdo con su normativa específica, las fundaciones y asociaciones aplicarán las siguientes medidas:

a) Implementar procedimientos para garantizar la idoneidad de los miembros de los órganos de gobierno y de otros puestos de responsabilidad de la entidad.

b) Aplicar procedimientos para asegurar el conocimiento de sus contrapartes, incluyendo su adecuada trayectoria profesional y la honorabilidad de las personas responsables de su gestión.

c) Aplicar sistemas adecuados, en función del riesgo, de control de la efectiva ejecución de sus actividades y de la aplicación de los fondos conforme a lo previsto.

d) Conservar durante un plazo de diez años los documentos o registros que acrediten la aplicación de los fondos en los diferentes proyectos. **La obligación de conservación se computará desde el momento en que finalice la ejecución del proyecto. En caso de existir pagos aplazados posteriores a la finalización de la ejecución del proyecto, se tendrá en cuenta la fecha del último de estos pagos.**

e) Informar al Servicio Ejecutivo de la Comisión de los hechos que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

f) Colaborar con la Comisión y con sus órganos de apoyo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

5. Las Administraciones Públicas o sus organismos dependientes que otorguen subvenciones a asociaciones y fundaciones, así como los Protectorados y los organismos encargados de la verificación de la constitución de asociaciones mencionados en el artículo 39 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión aquellas situaciones que detecten en el ejercicio de sus competencias y que puedan estar relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Dichos organismos informarán razonadamente a la Secretaría de la Comisión cuando detecten incumplimientos de las obligaciones establecidas en el artículo 39 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, o de lo dispuesto en este artículo».

JUSTIFICACIÓN.

Se valora muy positivamente la elevación del umbral en cuanto a la obligación de identificar a los donantes. No obstante, se propone extenderlo no sólo a las donaciones por transferencia sino a las realizadas mediante aquellos medios de pago que no se consideran anónimos porque requieren la identificación de las personas que los utilizan.

Además, se propone ampliar el ámbito geográfico de la aplicación del umbral de 1.000 euros, incluyendo a los países de la Unión Europea y a países terceros equivalentes, ya que dichos países tienen normativa para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo

similares a la normativa española. Lo contrario podría suponer una discriminación contraria a los principios de Derecho comunitario.

Por otra parte, se propone adaptar el desarrollo reglamentario incorporando aquellas cuestiones que se consideran generales y no particulares, de la consulta 34/2017, de la Subdirección General de Inspección y Movimientos de Capitales y que son coherentes con otras disposiciones legales o reglamentarias concordantes.

Ninguna de estas propuestas fue incorporada. Pero lo más relevante para el sector es que no ha llegado a tramitarse la reforma reglamentaria que, a propuesta del propio Ministerio de Economía, contemplaba elevar el umbral de identificación de los donantes a 1.000 euros en caso de que las donaciones se reciban por determinadas vías o medios de pago que permitan dar una cierta trazabilidad a los fondos que se reciben, evitando así nuevas cargas y costes para fundaciones y asociaciones.

Una de las modificaciones que se introdujeron en nuestro ordenamiento como consecuencia de la transposición de la IV Directiva, fue el artículo 26, bis de la Ley 10/2010, referido a los procedimientos internos de comunicación de potenciales incumplimientos, cuyo apartado primero establece que:

«Los sujetos obligados establecerán procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos de esta ley, su normativa de desarrollo o las políticas y procedimientos implantados para darles cumplimiento, cometidos en el seno del sujeto obligado.

Estos procedimientos podrán integrarse en los sistemas que hubiera podido establecer el sujeto obligado para la comunicación de informaciones relativas a la comisión de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la restante normativa general o sectorial que les fuere aplicable».

Como sucede con la mayoría de las disposiciones de la regulación en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, surge la duda de si, tratándose de sujetos obligados parciales, esta obligación alcanza o no a las fundaciones y asociaciones. Sin perjuicio de ello, la realidad es que cada vez más fundaciones y asociaciones cuentan con canales éticos o de denuncia, como consecuencia de la asunción de códigos éticos o de conducta y del proceso de autorregulación provocado por la reforma del Código Penal y la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de la que no quedan excluidas las asociaciones y fundaciones. Al menos, las privadas.

2. Registro de titularidades reales y entidades sin fines de lucro

El plazo de transposición de la *Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE*, finaliza el 10 de enero de 2020. Esta norma no sustituye a la IV Directiva íntegramente, sino que modifica algunos de sus aspectos.

La V Directiva llega cuando aún no se ha cumplido la obligación de transposición íntegra de la IV Directiva a juicio de la Comisión Europea, que inició en marzo de 2018 un procedimiento de infracción contra España por considerar que dicha transposición ha sido parcial.

Uno de los aspectos más controvertidos de los incluidos en la IV Directiva y reforzado mediante las modificaciones introducidas en la V, son los denominados registros de titulares reales o «ultimate beneficial ownership registries».

La controversia particular para el sector no lucrativo europeo viene de lejos y surge por la propia definición de lo que ha de entenderse por titular real en una fundación o asociación. Sobre todo en las fundaciones, en las que no existe un «dueño», a diferencia de las sociedades de capital, y en las que los beneficiarios son colectividades genéricas de personas, lo que no sucede con los beneficiarios particulares del fideicomiso o «trust» anglosajón.

El *Real Decreto 304/2014* optó por recoger en su artículo 8.3, en cuanto a la definición de titular real lo siguiente:

«Tendrán la consideración de titulares reales las personas naturales que posean o controlen un 25 por ciento o más de los derechos de voto del Patronato, en el caso de una fundación, o del órgano de representación, en el de una asociación, teniendo en cuenta los acuerdos o previsiones estatutarias que puedan afectar a la determinación de la titularidad real.

Cuando no exista una persona o personas físicas que cumplan los criterios establecidos en el párrafo anterior, tendrán la consideración de titulares reales los miembros del Patronato y, en el caso de asociaciones, los miembros del órgano de representación o Junta Directiva».

Conforme a lo anterior, de los posibles criterios recogidos en el artículo 3 de la IV Directiva, nuestro ordenamiento descarta a los beneficiarios como titulares reales, pero podría no descartar al fundador o fundadores, en la medida en la que pudieran estar representados en el patronato con un

cierto peso en él. Pensemos por ejemplo en fundaciones corporativas en cuyos patronatos se encuentre representado el comité de dirección de la empresa fundadora, que a su vez tendrá una determinada estructura, o en otro tipo de fundaciones con patronatos similares formados por otras instituciones que en ocasiones pueden tener una sobre representación. No obstante, en la gran mayoría de los casos, los titulares reales serán los miembros del patronato, dado que en una fundación tampoco existen, como tales, «derechos de voto».

El artículo 30.3 de la IV Directiva señala que «Los Estados miembros se asegurarán de que la información a que se refiere el apartado 1 sobre la titularidad real se conserve en un registro central en cada Estado miembro, por ejemplo un registro mercantil o un registro de sociedades a tenor del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, o en un registro público. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las características de estos mecanismos nacionales. La información sobre la titularidad real contenida en esta base de datos podrá ser consultada de conformidad con los sistemas nacionales».

En cuanto al acceso a la información que obre en estos registros, si bien la IV Directiva señalaba que estará a disposición de las autoridades, las entidades obligadas a aplicar medidas de diligencia debida y a toda persona que pueda demostrar un derecho o interés legítimo, la V Directiva prevé el acceso a «cualquier miembro del público en general». Este acceso puede tener unas limitaciones, pero en casos muy excepcionales.

Desde el sector no lucrativo europeo se ha destacado cómo la transposición de la IV Directiva ha puesto de manifiesto lo importante que es tener claridad sobre la forma en la que la información sobre las titularidades reales se recoge en cada uno de los Estados miembro. Principalmente, para no duplicar registros ni obligaciones de inscripción de los titulares reales cuando estos ya están incluidos en registros o bases de datos ya existentes. Esto es especialmente importante para el sector no lucrativo, dado que, en la mayoría de los países, estas entidades no están necesariamente inscritas en registros centrales como los registros mercantiles, sino en registros específicos y de variada naturaleza, de asociaciones y fundaciones.

Así, el sector ha expresado que «debe evitarse la creación de registros adicionales donde ya existan registros de empresas o fundaciones que contengan la información relevante sobre las estructuras de toma de decisiones o de los miembros de sus órganos de gobierno. Los miembros de los órganos de gobierno están ya incluidos en los registros de asociaciones y fundaciones,

luego remitirse a los mismos sería lo recomendable en lugar de crear registros adicionales, lo que representaría un coste y una duplicación de esfuerzos»⁴.

En el caso de España nos encontramos con que las fundaciones no están inscritas en el Registro Mercantil ni tienen obligación de hacerlo, sino en el Registro de Fundaciones de Competencia Estatal dependiente del Ministerio de Justicia, o bien en un registro de fundaciones autonómico. Las asociaciones, por su parte, no están obligadas, en primer lugar, a inscribirse en un registro, salvo las de utilidad pública. En caso de estar inscritas, lo estarán, bien en el Registro de Asociaciones del Ministerio del Interior, bien en alguno de los registros de asociaciones autonómicos o locales.

Una de las inscripciones que deben realizar las fundaciones en el Registro de Fundaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.1, d) del *Real Decreto 1661/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento del Registro de Fundaciones de Competencia Estatal*, es la composición del patronato. Como se ha señalado, en la gran mayoría, si no en todos los casos, los titulares reales de una fundación serán las personas físicas integrantes de su patronato. Luego se trata de una información que ya consta en otro registro. Lo mismo es trasladable al caso de las asociaciones inscritas.

Obligar a las fundaciones o a las asociaciones inscritas a inscribir a sus titulares reales en el Registro Mercantil sería, por tanto, un ejemplo claro de esa duplicidad que el sector quiere evitar y que no parece tampoco acorde a la Directiva.

La Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, por la que se aprueban los nuevos modelos de presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, incluyó el nuevo formulario de identificación del titular real de las «sociedades», sin hacer mención a otros depositantes de cuentas. Sin embargo, la guía de preguntas frecuentes sobre esta orden publicada por los Registradores, sí hace mención a ellas⁵.

Se plantea además el problema, para fundaciones y asociaciones, de qué ha de entenderse por registro «central», dado que la legislación fundacional y asociativa atribuye competencias a las Comunidades Autónomas en cuanto a la inscripción y supervisión —en el caso de las fundaciones— cuando estas

⁴ Así se han posicionado, en su interlocución con las instituciones comunitarias, DAFNE (Donors and Foundations Networks in Europe), el Centro Europeo de Fundaciones (EFC), Civil Society Europe, Human Security Collective, y European Center for Not-for-Profit Law. Todos ellos, junto con otras organizaciones europeas, internacionales y nacionales, forman parte de la Global NPO Coalition on FATF: <http://fatfplatform.org/>.

⁵ <http://www.registradores.org/wp-content/uploads/descargas/FACOMDEPCUENTAS.pdf>.

entidades realicen actividades principalmente en sus respectivos ámbitos territoriales.

A priori, desde la perspectiva fundacional y asociativa, parece ofrecer más ventajas la base de datos de titularidad real del Notariado. No obstante, así como los nombramientos y aceptaciones de los patronos de las fundaciones deben ser elevados a público precisamente para ser inscritos en el registro de fundaciones correspondiente, no sucede lo mismo con los representantes de las asociaciones, lo cual no impide que, en muchísimos casos, para el otorgamiento de poderes, por ejemplo, realicen distintos trámites notariales.

Deberá dilucidarse por tanto de forma inmediata cómo va introducir e implantar España el registro de titularidades reales para fundaciones y asociaciones, o si se entiende que con la regulación actual se está dando cumplimiento a las disposiciones de la Directiva. En cualquier caso, tal y como ha expresado el sector a nivel europeo, se debería evitar duplicidades y multiplicación de costes y obligaciones, en los casos en los que ya existen registros o bases de datos.

III. Iniciativas del sector fundacional para la representación de sus intereses en Europa: la creación de un espacio único europeo para la filantropía

Durante el año 2018 el sector fundacional europeo dio pasos relevantes para fortalecer su papel en el ámbito comunitario.

Tras el fracaso en la aprobación del Estatuto de Fundación Europea, tanto DAFNE, la organización que agrupa a las asociaciones de fundaciones y donantes de los distintos países europeos, comunitarios y no comunitarios, como el Centro Europeo de Fundaciones, que agrupa a importantes fundaciones europeas y estadounidenses, iniciaron conjuntamente una nueva estrategia, revisando qué barreras afronta el sector, qué necesidades tiene y qué pasos son necesarios para que despliegue su potencial. En definitiva, cómo hacer efectivas estas aspiraciones⁶. Todo ello en un contexto adverso, teniendo en cuenta que cada vez más instituciones han venido alertando de lo que

⁶ En el *Anuario de Derecho de Fundaciones de 2017* se publicó la traducción del estudio de la profesora Oonagh B. Breen, profesora de Derecho de UCD Sutherland School of Law I Belfield I Dublín, 4, *Más espacio para la filantropía europea*, que analiza estos retos. Este estudio responde al encargo realizado a por el Centro Europeo de Fundaciones y por DAFNE y publicado en enero de 2018.

se considera un fenómeno de contracción del espacio de la sociedad civil, también en Europa.

Con el título «*Philanthropy Scrum Co-creating a Single Market for Philanthropy*», se celebró en mayo de 2018 una conferencia-encuentro, promovida por DAFNE y EFC junto con EVPA (European Venture Philanthropy Association) para analizar estos retos y rediseñar la agenda del sector.

El punto de partida de esta conferencia y de las acciones posteriores no es otro que la constatación de un hecho: mientras todo tipo de bienes y servicios se mueven libremente en Europa a través de los distintos Estados miembro, las instituciones filantrópicas no lo pueden hacer con la misma facilidad. Si las barreras entre Estados pudieran eliminarse para la filantropía, esta podría ir mucho más allá y ayudar a encontrar y a escalar soluciones a retos importantes que afrontan los países europeos. Juntos, los donantes y las fundaciones europeas piden un mercado único para la filantropía y para la actuación de los ciudadanos que reconozca la filantropía, reduzca las barreras a la filantropía transfronteriza, que promueva y proteja la filantropía así como la cofinanciación y la coinversión en los fines de interés general.

Con esta conferencia se dio testimonio de la convergencia de los esfuerzos de representación del conjunto del sector por parte de las tres organizaciones, dando un paso relevante en un ambicioso plan que continuará en los próximos años, en particular con las elecciones al Parlamento Europeo en 2019 y la nueva Comisión en 2020.

Resultado y fruto de esta conferencia ha sido la aprobación en 2019 del *Manifiesto por la filantropía europea*, promovido por DAFNE y EFC, así como la creación del proyecto conjunto *Philanthropy Advocacy* —www.philanthropyadvocacy.eu— cuyo objetivo es hacer un seguimiento y análisis de las distintas iniciativas internacionales, europeas y nacionales que afectan al sector, y trasladar las propuestas, mejoras y, en definitiva, la voz del sector en todas aquellas cuestiones regulatorias que le afectan.



RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



Jurisprudencia sobre fundaciones

María Natalia Mato Pacín

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. TRIBUNAL SUPREMO.—II. AUDIENCIA NACIONAL.—III. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.—IV. AUDIENCIAS PROVINCIALES.—V. OTRAS RESOLUCIONES.—VI. ÍNDICE ANALÍTICO.

I. Tribunal Supremo

[1] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 7 de noviembre de 2018. Ponente: D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

Constitución mortis causa: enajenación de bienes de la herencia conforme a voluntad de la causante y previa a constitución de la persona jurídica: bienes que no integran la dotación fundacional.

HECHOS.—D.^a Teresa fallece autorizando en el testamento a los albaceas designados para vender los bienes de la herencia e integrar el resto de bienes y el precio obtenido por los vendidos en la dotación de una fundación que debían constituir.

Dos de los albaceas venden en documento privado uno de los inmuebles parte de la herencia y la validez de esta venta es la que, años después, impugna la Fundación constituida alegando, en lo que aquí interesa, que es la propietaria de la vivienda. Al respecto, los demandados sostienen que, de la lectura del testamento y del comportamiento efectivamente realizado por los albaceas, resultaba que el derecho de propiedad de dicho inmueble nunca llegó a integrar la dotación fundacional ni a pertenecer a la Fundación desde el momento en que ya había sido vendido a los demandados por tales albaceas.

El Juzgado de Primera Instancia que conoce de la demanda la estima mientras que la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación en el sentido de declarar la validez y eficacia del contrato de compraventa privado.

La Fundación demandante interpone recurso de casación, que es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La Fundación no quedó constituida en el momento del fallecimiento de la testadora: a la vista de las cláusulas del testamento,

la voluntad de la causante era que la Fundación se constituyera con los bienes que no se llegaran a vender así como con el precio de los que vendieran los albaceas, para lo que les autorizó a enajenar toda clase de bienes de la herencia y entregar el importe resultante de dichas operaciones al Patronato de la Fundación, con el fin de dotarla económicamente. Dado que el inmueble no se integró en la dotación, carece de sentido alegar el incumplimiento de las normas de autorización para la enajenación (arts. 1 y 5 del RD de 29 de agosto de 1923 y el art. 19.3 de la Ley de Fundaciones de Castilla y León).

[2] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 6 de junio de 2019. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

[Relacionada con Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 16 de febrero de 2017]

Inscripción de una fundación: la reserva de denominación se otorga para una denominación única —que coincida literalmente—, no para varias similares ni para una principal y otras subsidiarias: caducidad de la reserva: inscripción procedente.

HECHOS.—En febrero de 2013 se solicita certificado de denominación para el nombre Fundación Consejo España-Colombia, certificado que es expedido haciendo constar en él que no aparece inscripción alguna con dicha denominación o similar. Se pide la renovación de la reserva de denominación en mayo del mismo año mientras que en agosto de 2013 la misma persona solicita un nuevo certificado, esta vez para el nombre Fundación España-Colombia, siendo prorrogada esta certificación negativa por sucesivas solicitudes. En noviembre de 2015 se inscribe en el Registro de Fundaciones estatal la Fundación Consejo España-Colombia, a instancia de otro solicitante. El primer peticionario interpone recurso de reposición contra la Orden Ministerial que inscribe la persona jurídica por estar vigente una reserva de denominación a su favor (entiende que ésta incluye no solo la denominación solicitada sino también otras similares) y por vulnerar el principio de confianza legítima creada por la reserva.

El recurso de reposición es desestimado, corriendo la misma suerte el contencioso-administrativo interpuesto ante la Audiencia Nacional.

El primer peticionario interpone entonces recurso de casación por interés casacional para la formación de jurisprudencia sobre la reserva temporal de denominación literal regulada en el artículo 51 del Reglamento del Registro de Fundaciones. Concretamente, la cuestión que se plantea es si la reserva temporal de denominación regulada en dicho artículo incluye, no solo la denominación literal que consta en la solicitud, sino que también ha de extenderse a denominaciones similares, en aras a la protección del titular de la reserva y en atención a otros preceptos de la normativa reguladora de las fundaciones, en particular, los preceptos concernientes a la denominación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Para facilitar la denominación singular identificativa de la fundación (principio registral de prioridad del artículo 7, e) del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal) y para evitar la confusión con otras denominaciones, dicho Reglamento establece dos cautelas esenciales: el índice de denominaciones y su reserva temporal a efectos registrales mediante certificaciones negativas. Estas dos cautelas combinan sus efectos ya que cuando el encargado del Registro expida una certificación negativa incorporará provisionalmente la denominación solicitada al índice de denominaciones.

De la dicción literal (en singular) de los artículos 49.1 y 2 y 50.1 del Reglamento antes citado se deriva que la reserva de denominación se dispone para una denominación única, que necesariamente ha de ser la misma que posteriormente conste como nombre de la fundación en la escritura pública de constitución. El Reglamento no contempla la reserva de dos o de varias denominaciones, ni de una denominación principal y de otras subsidiarias.

La protección frente a denominaciones coincidentes, semejantes o que puedan inducir a confusión (arts. 5.1 a) y 5.2 LF y art. 3.2 RF), solo puede resultar de la no expedición, debidamente motivada y por el encargado del Registro, de una certificación negativa y de la denegación de la incorporación de la misma al índice de denominaciones. Una vez concedida ésta y una vez constituida la fundación conforme a la denominación reservada, existe una presunción de que dicha denominación respeta los preceptos legales y reglamentarios citados, que únicamente puede enervarse mediante la impugnación de la misma, en la vía administrativa y, posteriormente, jurisdiccional.

En definitiva, la Sala concluye que la reserva temporal establecida en el artículo 51 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal incluye solo una denominación literal, no dos o varias, sin que exista, por tanto, primera o segunda opción. Dicha reserva no puede extenderse a denominaciones similares, conforme al sentido literal de los preceptos ya analizados que regulan la cuestión.

Además, tampoco se aprecia similitud entre las denominaciones alegada por cuanto la introducción de una palabra, «Consejo», entre otras dos palabras («España-Colombia»), no es de escasa significación y tiene entidad para eliminar la similitud o el riesgo de confusión y, por otra parte, carece de relevancia el hecho de que ambas entidades, en el caso de constitución de la segunda en fundación, tengan fines similares.

[3] Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 16 de marzo de 2018. Ponente: D. José Manuel Banderés Sánchez-Cruzat.

Transformación de Caja de Ahorros en Fundación de carácter especial: es necesario cumplir en plazo con la escritura de constitución de la Fundación, autorización del órgano competente e inscripción en el Registro de Fundaciones: procedimiento no ejecutado por completo dentro del plazo: transformación ope legis.

HECHOS.—En el procedimiento de transformación de una Caja de Ahorros en Fundación de carácter especial, el Gobierno de Canarias declara la terminación del procedimiento de solicitud de autorización administrativa para dicha transformación. Considera el citado Gobierno que la Caja no había culminado el proceso de transformación en Fundación en el plazo de cinco meses otorgado por la normativa. Por lo tanto, entiende que había desaparecido sobrevenidamente el objeto del procedimiento al haber quedado ya transformada de forma automática la Caja en Fundación de carácter especial por imperativo legal.

La Fundación resultante de la Caja de Ahorros interpone recurso contencioso-administrativo contra el decreto del Gobierno de Canarias, alegando que los acuerdos adoptados antes del plazo límite suponían haber llevado a cabo todas las actuaciones tendentes a la transformación válidamente. Este recurso es desestimado, del mismo modo que lo es el interpuesto contra la sentencia del TSJ de Canarias que conoce del primero.

Contra esta última resolución interpone la persona jurídica sin fin de lucro recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que se pronuncia en el mismo sentido, desestimándolo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El proceso de transformación de Caja de Ahorros en Fundación de carácter especial a llevar a cabo dentro del plazo legal de cinco meses previsto en el Real Decreto-ley 11/2010 incluye la obtención de la preceptiva autorización del Gobierno de Canarias respecto de la transformación así como la inscripción de la persona jurídica en el Registro de Fundaciones.

A pesar de haberse formalizado en escritura pública la constitución de la Fundación, al constatarse que no se habían cumplido, antes de la fecha límite, todas las actuaciones que eran exigidas para tener personalidad jurídica, no se ha culminado el procedimiento de transformación. Según la normativa, si los órganos de gobierno de una Caja de Ahorros no han ejecutado en plazo la transformación, por una parte, se produce la disolución de todos los órganos de la Caja y la baja en el Registro especial de entidades de crédito del Banco de España; por otra, el Protectorado correspondiente nombra una comisión gestora de la fundación a los efectos de aprobar los Estatutos, nombrar el Patronato y adoptar cuantos actos sean necesarios para materializar dicha transformación dentro de la normativa estatal y autonómica aplicable. Es decir, se produce *ope legis* la transformación de la entidad financiera en Fundación de carácter especial.

II. Audiencia Nacional

[4] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a), de 13 de diciembre de 2018. Ponente: D. Rafael Molina Yeste.

Carácter demanial de un bien inmueble que no se pierde por estar destinado al uso por una fundación privada, dado los fines de interés general que persigue la entidad.

Ausencia de título para ocupar parcialmente el inmueble como vivienda por terminación de contrato e incumplimiento de requisito de vinculación con la fundación.

HECHOS.—D. Alejo, antiguo director de la Real Fábrica de Tapices, pertenece a una familia que ha estado siempre vinculada con esta entidad, siendo en la actualidad él y su esposa miembros natos y vitalicios del Patronato, junto con el Ministerio de Educación y el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid. D. Alejo viene ocupando desde —al menos— 1976 una parte del inmueble donde se ubica la Real Fábrica de Tapices (ahora Fundación Real Fábrica de Tapices). Sin embargo, en 2017, el órgano competente del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte emite una resolución por la que declara la inexistencia de título que le habilite a D. Alejo para utilizar como vivienda este inmueble que tiene carácter demanial pues, mediante acta en 1996, se había producido su afectación por la Dirección General del Patrimonio del Estado al entonces Ministerio de Educación y Cultura.

D. Alejo recurre dicha resolución y la que desestima el recurso de reposición solicitando que se declaren ambas nulas y, subsidiariamente, que se proceda a reconocerle una indemnización por la pérdida de su derecho. Fundamenta su posición, entre otros, en la existencia de relaciones contractuales de arrendamiento de vivienda desde 1889 y en la ausencia de carácter demanial del bien inmueble por no destinarse al uso previsto en el Acta de Afectación —servicios del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte—, sino a su utilización por una Fundación privada. Entiende, por tanto, que no le puede ser de aplicación el régimen particular de los bienes de dominio público.

Las pretensiones de D. Alejo son desestimadas por la Audiencia Nacional.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La totalidad de la finca objeto de litigio quedó incorporada al dominio público como consecuencia del acto administrativo expreso que supuso el Acta de Afectación y que le confiere la naturaleza jurídica de bien demanial. Por otro lado, teniendo en cuenta el artículo 34.1 de la Constitución Española y el concepto de fundación de las leyes 30/1994 y 50/2002, si bien la Fundación es una entidad de carácter privado, los fines que persigue son de interés general, concretamente, culturales, entre los que no se encuentra la ocupación parcial de parte del mismo edificio que ocupa la Fundación como vivienda. Además, señala el órgano jurisdiccional, debe precisarse que el artículo 3.3 de la Ley 50/2002 prohíbe la constitución de fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o patronos o sus familias.

No existe título habilitante para la ocupación del inmueble otorgado a favor del recurrente y su familia ya que han desaparecido las condiciones que legitimaban su ocupación: el contrato —de servicios y no de arrendamiento— firmado en 1952 con Patrimonio Nacional ha terminado por cumplimiento del plazo y, en todo caso, el recurrente cesó en su cargo como Director, hecho al que expresamente condicionaba el contrato el uso del bien.

[5] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 7 de noviembre de 2018. Ponente: Dña. Nieves Buisán García.

Disminución de la dotación patrimonial: facultad del Patronato: acuerdo que reúne los requisitos exigidos: disminución conforme a Derecho. Requisitos para adquirir la condición de patrono.

HECHOS.—La Fundación A. de Córdoba se constituye en 2012 con una dotación de 168.000 euros a aportar por los fundadores, a razón de 12.000 euros cada uno. El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente le concede en 2013 una subvención por importe de 12.000 euros cuyo objeto era «la constitución de la dotación fundacional». En 2014, el Patronato, tras una reunión a la que habían sido convocados todos los patronos, decide por unanimidad de los presentes la disminución de la dotación hasta los 30.000 euros, quedando el resto como aportación afecta a los fines propios de la Fundación. Se solicita la correspondiente autorización del Protectorado y se eleva el acuerdo a escritura pública.

El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente considera que esta modificación supone un incumplimiento de uno de los modos de la subvención (mantener la cantidad entregada como dotación fundacional) y de un deber formal de justificación, dictando una resolución por la que declara el deber de la Fundación de reintegrar parcialmente la subvención recibida.

Frente a esta resolución interpone la persona jurídica fundacional recurso de reposición, que es desestimado, y recurso contencioso-administrativo. Alega que no ha incumplido su obligación de informar acerca de la dotación fundacional pues el Ministerio es Patrono de la Fundación —convocado a la reunión, aunque no asistiera—, sin que hubiera mostrado su oposición a los acuerdos válidamente adoptados y estando éstos justificados en la inviabilidad de tener una dotación tan elevada indisponible.

El Abogado del Estado, por su parte, sostiene su completa ajeneidad respecto de la reducción realizada: la aportación al fondo dotacional o la condición de fundador no determina la condición de patrono y, en todo caso, sería necesario para esto último una aceptación e inscripción de este hecho.

El Tribunal estima el recurso y anula las resoluciones administrativas recurridas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Respecto de la consideración o no como patrono de la Fundación y a la vista del artículo 15.3 de la Ley 50/2002, cabe concluir que se han cumplido todos los requisitos formales para que un patrono sea considerado como tal. Consta en escritura pública la aceptación expresa del cargo de patrono por parte de la Ministra correspondiente y también se hace referencia textualmente a esta condición en la concesión de la subvención.

Por otro lado, no concurre el motivo de reintegro de la ayuda recibida (según el artículo 37.1.c) Ley 28/2003, General de Subvenciones, «el incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente [...]») en la medida en que la disminución de la dotación fundacional llevada a cabo por acuerdo unánime del Patronato de la fundación, tras una reunión a la que habían sido convocados todos los patronos, concurriendo todos menos el representante del Ministerio, resulta conforme a Derecho.

De los artículos 19.2 de la Ley 50/2002 y 24 y 25.2 de la Ley 10/2005, de Fundaciones de Andalucía, se desprenden las facultades del Patronato de la Fundación para disponer y administrar el patrimonio de la misma, patrimonio que se integra por todos los bienes de la dotación. La disminución patrimonial necesita del cumplimiento de determinados requisitos, que se dan en el supuesto de hecho, pues se obtuvo el acuerdo unánime de todos los Patronos —excepto del Ministerio que, siendo asimismo patrono, no acudió a la reunión— y se obró ante la necesidad —justificada— de viabilidad futura, todo ello con la aprobación del Protectorado de Fundaciones de Andalucía y su elevación posterior a escritura pública.

[6] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 10 de septiembre de 2018. Ponente: D. Santiago Pablo Soldevila Frago.

Legitimación de uno solo de los miembros de la Comisión Ejecutiva: interpretación amplia favorable al acceso a la jurisdicción: legitimación procedente.

Cese de patronos: debe aportarse resolución judicial firme para la inscripción en caso de incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad; los requisitos formales para el cese de patronos del artículo 36 RRF no se aplican a los miembros de la Comisión Ejecutiva.

HECHOS.—La Comisión Ejecutiva Permanente (órgano de representación) y el Patronato de una fundación adoptan una serie de acuerdos —algunos no coherentes entre sí— en relación con el cese y nombramiento de patronos y miembros de dicha Comisión. Estos acuerdos afectan, entre otros, a D. Segismundo, en el que concurren ambas posiciones.

Como consecuencia de algunos de esos acuerdos, el Protectorado competente acuerda inscribir en el Registro de Fundaciones el cese de D. Segismundo como miembro de la Comisión Permanente por renuncia, continuando sin embargo como patrono.

D. Sergio, miembro único de la Comisión Ejecutiva Permanente tras la salida de D. Segismundo, interpone recurso contencioso-administrativo contra esta resolución por entender que es contraria a la ya estimación por silencio positivo de las peticiones de inscripción de los acuerdos de cese y nombramiento de los órganos de gobierno de la fundación y de la suspensión también como patrono de D. Segismundo. Sostiene el recurrente que, al haber transcurrido tres meses desde la solicitud de inscripción, los acuerdos en los que se basaban las solicitudes debían surtir plenos efectos, habiendo sido, por el contrario, ignorados por la Administración. Añade, además, la existencia de una irregularidad en la resolución impugnada consistente en la omisión de la fecha del cese de D. Segismundo.

La Administración (y la Fundación y patronos codemandados), oponen, por una parte, la concurrencia de una falta de representación del recurrente por no resultar acreditado que tuviera, como miembro único de la Comisión Ejecutiva, delegadas dichas facultades. Por otra, la necesidad de que exista una resolución judicial para el cese de un patrono por administración desleal o bien, para otras causas, la adopción del acuerdo por 2/3 de los patronos presentes, requisitos que no se habían dado en el supuesto de hecho.

El recurso es desestimado, confirmándose el acto impugnado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—No se estima como causa de inadmisibilidad la falta de legitimación por parte del recurrente para interponer el recurso como miembro de la Comisión Ejecutiva Permanente de la Fundación —órgano de representación de la misma—. La circunstancia de que exista una duda razonable sobre el alcance de sus facultades en el momento en el que figura como miembro único de dicha Comisión Permanente, unido a la falta de claridad sobre el hecho de si es necesario que el ejercicio de acciones judiciales se acuerde de forma conjunta por al menos dos miembros de la Comisión, lleva al órgano jurisdiccional a decantarse por la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción.

Entrando a conocer del fondo, y respecto de los efectos de los acuerdos sobre el cese de patronos, el artículo 36.2 del Reglamento del Registro Estatal de Fundaciones exige que cuando la causa del cese sea la incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad del patrono, éste se practicará mediante la aportación al Registro de la correspondiente resolución judicial o administrativa que declare tal circunstancia, no habiéndose proporcionado en el supuesto de hecho ninguna resolución judicial firme en ese sentido.

Por otra parte, los requisitos que, en virtud del artículo 36 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, deben constar en el cese de los patronos —entre ellos la causa y la fecha—, se aplican a estos sujetos pero no están contemplados en el supuesto de hecho de la norma los miembros de la Comisión Ejecutiva Permanente, con lo que no imputable a la resolución recurrida la irregularidad denunciada.

[7] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 22 de marzo de 2018. Ponente: Dña. Ana Isabel Resa Gómez.

Facultad de representación de un miembro de la Comisión Ejecutiva: acuerdo de cese impugnado ante los tribunales: no falta de representación.

Autocontratación: solicitud con los documentos requeridos y sin concurrir causas de denegación: autorización procedente.

HECHOS.—El Patronato de una fundación acuerda la adquisición de un inmueble perteneciente a uno de los patronos y sus hijos con el voto de calidad del entonces Presidente de la persona jurídica sin fin de lucro. Solicitada al Protectorado la correspondiente autorización para esta autocontratación y aportada la documentación requerida por el órgano de control, se resuelve autorizar la adquisición del pleno dominio del inmueble en cuestión. D. José María, actuando en nombre de la Comisión Ejecutiva Permanente de la fundación, interpone recurso contra la misma solicitando que se deje sin efecto la resolución impugnada pues entiende que ha sido obtenida con engaño y que la autocontratación supone un quebranto económico en el funcionamiento fundacional (se ha adquirido, sostiene, un bien inútil para los fines fundacionales a mayor valor que el que refleja su valoración en el IBI).

El Abogado del Estado se opone a estas pretensiones planteando previamente como causas de inadmisibilidad, entre otras, la falta de representación del recurrente y la falta de legitimación.

La Audiencia Nacional desestima el recurso interpuesto por D. José María.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—No concurre falta de representación pues, si bien el actor había sido cesado antes de la interposición del recurso como miembro de la Comisión Permanente Ejecutiva mediante acuerdo del Patronato, no consta la firmeza de dicho cese sino, antes al contrario, su impugnación ante los tribunales, pendiente de resolver. Con el fin de propiciar una resolución sobre el fondo procede rechazar la causa de inadmisibilidad y analizar la legalidad de la actuación administrativa.

A la vista de los artículos 28 de la Ley 50/2002 (definición de las situaciones de autocontratación) y 34 del RD 1337/2005 (procedimiento y documentación para la solicitud de autorización), la autorización de autocontratación es conforme a Derecho porque trae causa de una previa solicitud, a la que se han acompañado los documentos normativamente requeridos, y porque no concurre ninguna de las causas de denegación que el artículo 34.3 de la norma dispone. Cuestiones como la validez del acuerdo adoptado para la adquisición del inmueble, la representación de la fundación para adquirirlo, su precio o los posibles engaños aludidos, deberán ser dilucidados ante la Jurisdicción competente, que no es la contencioso-administrativa.

[8] Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 22 de enero de 2018. Ponente: Dña. Berta Santillán Pedrosa.

Resolución del Protectorado que solo certifica e informa de los datos que figuran en el Registro de Fundaciones: actuación sin contenido regulador: impugnación no procedente.

HECHOS.—D. José Pedro, quien dice actuar en nombre y representación de la Comisión Permanente Ejecutiva de una Fundación, interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Protectorado de Fundaciones del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Solicita que se anule la citada resolución en tanto en cuanto mantiene inscritos como patronos a una serie de personas y que se ordene, en cambio, su cese y la inscripción del nombramiento de otros así como de acuerdos relativos a competencias del Director de la Fundación y de la Comisión Permanente.

Tanto el Abogado del Estado como la Fundación, entidad codemandada, se oponen alegando la existencia de causas de inadmisibilidad.

El recurso se inadmite por cuanto el recurrente está impugnando una actuación administrativa que no reúne las características de «actuación administrativa impugnabile».

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La resolución recurrida no contiene ningún pronunciamiento, favorable o desfavorable, para el recurrente por cuanto se limita a certificar e informar de los datos que figuran en el Registro de Fundaciones en relación con la Fundación, sin que ello suponga que el certificado otorgue validez al contenido del que da constancia. Este contenido podrá ser impugnado por el recurrente impugnando, en su caso, los acuerdos de nombramiento y revocación de los cargos de la citada entidad sin fin de lucro.

La resolución recurrida es una certificación y, como tal, realiza una mera constancia de hechos que figuran en el Registro de Fundaciones, sin contenido regulador. No tiene la naturaleza de acto administrativo impugnabile, en el sentido de apto para producir efectos jurídicos, por cuanto no produce el nacimiento, modificación o extinción de un derecho o un deber ni tampoco procede a la declaración de un derecho respecto de personas, cosas o situaciones.

III. Tribunales Superiores de Justicia

[9] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sección 1.ª), de 10 de abril de 2019. Ponente: Ernesto Utrera Martín.

Fundación en proceso de liquidación: el reconocimiento de deuda excede de las facultades del Patronato: necesario, además, control por parte del Protectorado: reconocimiento improcedente.

HECHOS.—D. Obdulio prestó servicios como subdirector para la Fundación S. A. hasta la extinción de la relación laboral por falta de pago. El Patro-

nato de la Fundación acordó su extinción en mayo de 2013 ante la imposibilidad de cumplir sus fines por la situación económica en la que se hallaba y designó como destinatarios de los bienes y derechos resultantes de la liquidación a la Liga M. I. En noviembre de 2014, en el curso de las operaciones de liquidación, se aprobó el inventario y el balance de 2014, en el que se incluían las remuneraciones a los trabajadores pendientes. La Liga aceptó adjudicarse los bienes propiedad de la Fundación en junio de 2015. En noviembre de 2015 el Patronato de la Fundación reconoció la existencia de una serie de deudas a favor de D. Obdulio.

El trabajador interpone demanda frente a la Fundación y la Liga reclamando, entre otras, las cantidades reconocidas notarialmente. En primera instancia se estima en parte la demanda de D. Obdulio, condenando a ambas entidades al abono de cantidades, en mayor medida a la Liga. Esta última entidad interpone recurso de suplicación por, en lo que aquí interesa, serle inoponible el acuerdo de los patronos liquidadores de la Fundación en virtud del cual se reconocía adeudar una serie de cantidades a D. Obdulio. El recurso es estimado en parte.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Carece de eficacia alguna el reconocimiento de una deuda a un trabajador por parte de la fundación para la que prestó servicios tras acordar ésta su extinción por la imposibilidad de cumplir sus fines, abierta la fase de liquidación y una vez producida la transmisión de activos y pasivos en favor de otra entidad que no ha participado en ese reconocimiento. No puede tener eficacia porque esa admisión expresa del crédito por un deudor, que ya no es formalmente su empresario, excede de las facultades que se le conceden al Patronato de la entidad cuando ya se encuentra en proceso de liquidación. En este sentido, el artículo 43.1 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, establece que la extinción de la fundación, salvo en los supuestos en que tiene lugar como consecuencia de una fusión, determinará la apertura del procedimiento de liquidación, que se realizará por el Patronato bajo el control del Protectorado, precisando seguidamente que el Patronato no tendrá más facultades que la de cobrar créditos, satisfacer las deudas y formalizar los actos pendientes de ejecución, sin que pueda contraer más obligaciones, salvo las que sean necesarias para la liquidación.

Por otro lado, no consta que el reconocimiento de una deuda por un importe de 194.221,47 euros, decidido por el Patronato de la extinta Fundación, haya sido, además, objeto de control por parte del Protectorado, que es el órgano administrativo de asesoramiento y apoyo técnico de las fundaciones, que velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de aquéllas, según el artículo 44.1 de la citada Ley.

[10] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 22 de marzo de 2019. Ponente: Dña. Cristina Cadenas Cortina.

Inscripción de fundaciones: denominación coincidente en fundaciones con distinto ámbito de actuación: creación por el Registro de un índice de denominaciones inscritas en todos los Registros: necesario examen sobre convivencia de las fundaciones según denominación, finalidades y ámbitos.

HECHOS.—La Fundación ITER (DE MADRID), dedicada a la mejora de la empleabilidad de jóvenes en la Comunidad de Madrid, está inscrita desde 2006 en el Registro de Fundaciones de esta región. Posteriormente, la Fundación ITER (DE MURCIA) es inscrita en el Registro del Ministerio de Agricultura. Esta segunda fundación, proveniente de una Asociación con el mismo nombre, tiene como fines, entre otros, la formación y educación en el campo de la agricultura intensiva a niños, jóvenes y desfavorecidos y desarrolla su actividad en todo el territorio nacional.

La fundación madrileña interpone recurso de alzada contra la Resolución que acuerda la inscripción de la Fundación ITER (DE MURCIA) y administrativo contra la desestimación presunta del recurso de alzada. Los argumentos para solicitar la nulidad de la inscripción acordada se centran en la inseguridad jurídica que se crea y en la vulneración de los preceptos legales sobre denominación de las fundaciones así como el incumplimiento por parte de la Administración de los principios de coordinación y cooperación respecto de la consulta en los Registros de Fundaciones. El Abogado del Estado y la Fundación ITER (DE MURCIA) se oponen, alegando la ausencia de inscripción previa en el Registro del Ministerio de Agricultura y las diferentes finalidades de las dos entidades.

El recurso contencioso-administrativo es estimado en parte, anulando la Resolución de inscripción y retro trayendo actuaciones para que la Administración demandada efectúe las comprobaciones necesarias antes de proceder a la inscripción solicitada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 5 de la Ley 50/2002 indica que la denominación de una fundación no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en los Registros de Fundaciones. La denominación se presta a evidente confusión con la Fundación recurrente, que si bien está inscrita en un Registro de la Comunidad de Madrid, coincide literalmente con la solicitante cuya inscripción se impugna. El artículo 47 del Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal precisa que el Registro formará un índice con las denominaciones de las fundaciones inscritas en él y las fundaciones inscritas en los registros autonómicos así como con las delegaciones de fundaciones extranjeras que realicen actividades en el territorio español. Por tanto, se hace necesario comprobar las inscripciones en los diferentes registros.

En tales condiciones, si bien el acto impugnado no puede considerarse nulo de pleno derecho, se trata de una decisión que, en relación con la denominación, no se ha ajustado a lo previsto en el artículo 5.1 de la Ley 50/2002 puesto que constaba una denominación coincidente inscrita en un Registro autonómico y se necesita un examen sobre si podrían convivir ambas Fundaciones con la denominación que figura y las finalidades de cada una, en sus ámbitos de actuación. Por tanto, se anula —no nulidad radical— el acto y queda sin efecto la resolución dictada, debiendo retrotraerse las actuaciones para que la Administración efectúe las comprobaciones necesarias y así adoptar la decisión procedente en Derecho.

[11] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 20 de diciembre de 2018. Ponente: D. José Matías Alonso Millán.

Compatibilidad de los patronos de la fundación de una Universidad para ser miembros del Consejo social de dicha entidad educativa: persona jurídica diferente pero sin fin de lucro y que tiene como finalidad la cooperación en el cumplimiento de los objetivos de la Universidad: compatibilidad.

HECHOS.—Dos sindicatos impugnan el acuerdo del Consejo Social de una Universidad por el que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo del Personal de Administración y Servicios de la misma. La pretensión se fundamenta, entre otros y en lo que aquí concierne, en la existencia de vicios en las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados por la inidoneidad de diversos miembros del Consejo Social (por ser también patronos de la Fundación General de la Universidad). Esta incompatibilidad, consideran los actores recurrentes, les impediría haber emitido el voto y, por tanto, entender aprobado el Acuerdo por una mayoría suficiente de miembros del órgano.

Respecto de esta cuestión concreta, desestima el Tribunal Superior de Justicia el recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 28 de la Ley de Universidades de Castilla y León señala como incompatible con la condición de miembro del Consejo Social, *grosso modo*, la vinculación con cualquier otra Universidad y con empresas o sociedades que contraten con la propia Universidad, exceptuándose los casos de colaboración, mediante contrato, para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artículos, previstos en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Universidades.

En lo relacionado con el Derecho de fundaciones, el hecho de ser Presidente de una fundación vinculada con una sociedad no supone una incompatibilidad en la medida en que se debe partir del principio de que la fundación tiene personalidad jurídica propia (art. 4 de la Ley 50/2002), por lo que se debe separar totalmente de la mercantil fundadora.

Por otra parte, los miembros del Consejo Social de la Fundación de la Universidad en cuestión que son, a la vez, miembros de la Fundación General de dicha Universidad, no incurrir en incompatibilidad alguna por cuanto la persona jurídica sin fin de lucro no puede considerarse como una empresa o sociedad que contrate con la propia Universidad sino que, aún con personalidad jurídica propia, realmente la Fundación tiene por objeto el desarrollo de la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico. Además, la vinculación del artículo que regula las incompatibilidades debe siempre considerarse relacionada con un interés espurio y ajeno a la propia Universidad y generalmente con un interés económico, que no concurre en la Fundación, entidad sin ánimo de lucro que tiene como finalidad la cooperación en el cumplimiento de los fines de la Universidad. Es compatible, por tanto, la condición de miembro del Consejo Social con la de formar parte de algún órgano de la Fundación.

[12] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 23 de noviembre de 2018. Ponente: D. José de Bellmont y Mora.

Fundaciones del sector público: a pesar de la normativa valenciana de fundaciones, la Ley de contratos del sector público permite a las fundaciones determinar que están adscritas a la Administración que disponga de mayoría de patronos.

HECHOS.—D. Rosendo presta a una fundación valenciana servicios de asesoramiento jurídico por los que reclama su retribución. Tras ser inadmitido el recurso contencioso-administrativo seguido ante un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valencia por falta de jurisdicción —al carecer la fundación demandada de la condición de ente del sector público—, D. Rosendo interpone recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia valenciano. Argumenta que la fundación recurrida tiene la condición de ente público al estar formado su Patronado mayoritariamente por entidades públicas. El recurso es estimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El artículo 33 de la Ley 8/1998, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana establece que ostentarán el carácter de fundaciones del sector público aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, del Consell o de los entes del sector público valenciano o que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Sin embargo, también es cierto que el artículo 129 Ley 40/2015, de contratos del sector público dispone que «1. Los estatutos de cada fundación determinarán la Administración Pública a la que estará adscrita» de conformidad con una serie de criterios entre los que figura «la Administración Pública que disponga de mayoría de patronos».

Así las cosas, en virtud del carácter de normas básicas que se atribuye a este artículo 129, la contradicción entre éste y el texto legal valenciano debe resolverse con un desplazamiento de la normativa valenciana a favor de la aplicación con pri-

macía de la Ley 40/2015, lo que lleva a la conclusión de que la fundación apelada tiene el carácter de ente del sector público habida cuenta de la composición de su Patronato.

[13] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 25 de junio de 2018. Ponente: D. Juan José Carbonero Redondo.

Autocontratación: admisible salvo excepciones pero sin que la autorización administrativa sea automática; no se acreditan labores distintas de las propias del gobierno de la fundación, por las que sí podría recibir remuneración el patrono: autocontratación existente y denegación conforme a Derecho.

HECHOS.—Una fundación recibe una subvención con motivo de un proyecto realizado por D. Cornelio —patrono de la persona jurídica fundacional— y cuya preparación y gestión ha sido encargada a una sociedad limitada cuyo administrador único es también D. Cornelio. Una vez concedida la subvención, la fundación solicita la autorización de estas dos contrataciones realizadas por la persona jurídica respecto de D. Cornelio y la sociedad. La autorización es denegada, hecho contra el que recurre la fundación, sin éxito. Interpone entonces recurso contencioso-administrativo, siendo la parte recurrida la Diputación General de Aragón.

Entiende la Fundación que, por una parte, existen defectos formales relacionados, entre otros, con la indebida aplicación del Reglamento de Fundaciones de Competencia Estatal e inaplicación de normativa autonómica. Por otra, sostiene que no se trata de un supuesto de autocontratación dado que los patronos de una fundación pueden realizar trabajos para ésta si se dan ciertos requisitos, estando obligado a autorizarla el Protectorado salvo concretas excepciones.

El recurso es desestimado por el Tribunal Superior de Justicia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Respecto de los defectos formales alegados, el Decreto del Gobierno de Aragón 276/1995 se limita a regular, dentro del marco normativo general estatal —al que se puede acudir por mera compleción para motivar la actividad administrativa—, las competencias de la Administración autonómica en la materia pero no el régimen de las fundaciones de competencia propia. En este sentido, establece como función del Protectorado la de autorizar, con carácter previo y en el plazo de tres meses, que los patronos puedan contratar con la fundación. Pero una cosa es que la autocontratación sea admisible y que solo excepcionalmente esté contemplada la posibilidad de denegar la autorización y otra que la autorización en la normativa autonómica sea automática, como acto debido, que es tanto como negar su existencia, cosa que la normativa aragonesa no contempla ni establece.

En cuanto al fondo del asunto, la vinculación entre los sujetos —concurren en D. Cornelio tres identidades, como patrono de la fundación, como autor del pro-

yecto objeto de subvención y como administrador único de la sociedad encargada de gestionar la obtención de la subvención— da lugar a un supuesto de autocontratación. No se acredita el desarrollo y ejercicio por parte de D. Cornelio de trabajos específicos y diferentes a los propios de la administración y gobierno de la fundación como patrono y respecto de los que, por tanto, podría percibir una remuneración. Tampoco que las tareas de la sociedad mercantil fueran distintas de las funciones propias de la fundación, de cuyo desarrollo se encarga el patrono de manera gratuita, a falta de acuerdo expreso en contrario.

[14] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 5 de marzo de 2018. Ponente: D. José Borrego López.

[Relacionada: STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 27 de diciembre de 2016¹]

Inscripciones en el Registro de Fundaciones derivadas de la actuación del representante del FROB como Administrador Provisional de una Caja: no cabe impugnar los actos formales registrales para fiscalizar lo actuado por el Administrador.

HECHOS.—El Banco de España acuerda la apertura del proceso de resolución de una Caja Rural y designa a D. Luis Manuel como persona jurídica representante del FROB para desempeñar el cargo de Administrador Provisional de la Caja, en el ejercicio del cual lleva a cabo diversas actuaciones.

Una asociación en defensa del mantenimiento de la Caja Rural interpone recurso de Alzada contra las resoluciones por las que se había procedido a inscribir en el Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha, previa calificación registral, la modificación parcial de los estatutos de la Fundación de la Caja Rural resultante y la aceptación de miembros del Patronato de dicha Fundación. El recurso es desestimado, interponiendo entonces la actora recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia, recurso que corre la misma suerte.

FUNDAMENTO JURÍDICOS.—Con remisión total a los argumentos recogidos en la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de diciembre de 2016, señala el órgano jurisdiccional que existe una ostensible desviación procesal al pretender fiscalizar la legalidad de lo actuado por el Banco de España y la subsiguiente actuación del FROB (como Administrador provisional de la Caja) a través de la impugnación de los actos formales registrales. Las inscripciones practicadas en el Registro de Fundaciones derivan de un acto inmediatamente ejecutivo, cual es una Resolución del Banco de España, y lo han sido en virtud de los acuerdos del FROB —que son documentos administrativos que conforman títulos inscribibles— y estando el cargo del Administrador Provisional del FROB vigente a la fecha de su adopción.

¹ En *Anuario de Derecho de Fundaciones 2017*, pp. 497-498.

[15] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 5 de febrero de 2018. Ponente: D. Manuel María Benito López.

Fundación del sector público: fundación con capital proveniente de las Cortes de Castilla y León y con un Patronato formado por entes públicos o de relevancia pública: fundación perteneciente al Sector Público Institucional.

HECHOS.—D. Artemio, quien había venido prestando servicios para una fundación cultural con la categoría laboral de Director General, reclama a la entidad sin fin de lucro el abono de una cantidad de dinero en concepto de paga extraordinaria. Esta paga no había sido recibida en su momento por una serie de medidas legales de equilibrio presupuestario adoptadas a nivel nacional que ya habían sido levantadas.

En lo que aquí interesa, la fundación se opone aduciendo que la entidad no se encuentra en el sector público ni el actor pertenecía al grupo de empleados del sector público de la Comunidad Autónoma y que, por tanto, no le resulta de aplicación la normativa estatal ni autonómica respecto de la supresión y devolución de la paga extra, siendo la supresión de dicha paga una decisión unilateralmente adoptada por el propio demandante, como Director.

La demanda es estimada en Primera Instancia, sentencia que confirma el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León al conocer del recurso de Suplicación interpuesto por la fundación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La fundación en cuestión es una fundación cultural sin ánimo de lucro creada por las Cortes de Castilla y León. Aunque actúe en régimen de derecho privado, parece poco discutible su naturaleza jurídico pública en la medida en que tanto su capital fundacional como el presupuesto de que dispone para el desarrollo de su actividad procede principalmente de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma y, en concreto, de las Cortes de Castilla y León, que es una institución pública básica prevista en el Estatuto de Autonomía. A ello es de añadir que tanto la composición de su Patronato —todo él integrado por entes públicos o de relevancia pública— como los controles internos y externos a los que está sometida su actividad —por ejemplo, fiscalización de sus ingresos y gastos por la Intervención de las Cortes— evidencian su naturaleza jurídico pública. Y las fundaciones públicas tienen el concepto de Sector Público Institucional, aunque no el de Administración Pública (arts. 44 de la Ley 50/2002, 2 de la Ley de Castilla y León 2/2006 y 2 y 84.1 de la Ley 40/2015).

IV. Audiencias Provinciales

[16] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.^a), de 18 de junio de 2019. Ponente: D. Agustín Vigo Morancho.

Condición de fundación como consumidora: fundación que desarrolla una actividad comercial o empresarial: no contrato de consumo.

HECHOS.—La Fundación Privada E. V. B, propietaria de un colegio, celebra dos contratos de mantenimiento y correctivo de ascensores en relación con dicho colegio con una empresa especializada del sector. Ante la terminación anticipada por parte de la Fundación de uno de los contratos, la entidad mercantil solicita una indemnización a la que la Fundación se opone, entre otros, aduciendo su condición de consumidora.

El Juzgado en primera instancia estima parcialmente la demanda, desestimando la Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por la Fundación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Aunque las fundaciones *per se* no tienen como finalidad un ánimo de lucro, hay negocios o empresas que dependen de una fundación. En tales casos, como ocurre en el presente supuesto de hecho, no se puede considerar consumidor o usuario a la fundación. La entidad demandada se dedica a la educación, actividad de carácter comercial o empresarial, pues no se imparte de forma gratuita, por lo que es evidente que la demandada no puede tener la consideración de consumidor y usuario. El encargo de mantenimiento de los ascensores, como parte integrante de un arrendamiento de servicios, se efectuó con la finalidad de destinarlos al centro educativo y, por lo tanto, a ser utilizados por alumnos, profesores, personal administrativo y demás personal que trabaje en dicho centro. De este modo, no teniendo la consideración de consumidor y usuario, no le es aplicable la legislación tuitiva de consumidores, ni procede examinar si el contrato contenía cláusulas abusivas.

[17] Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 4.^a), de 25 de marzo de 2019. Ponente: D. Francisco Gutiérrez López.

Delegación de facultades del Patronato en otro órgano: no se presumen.

Fundación creada por una empresa pública para colaborar a la mejor prestación de un servicio público: cumple con los requisitos de participar en la función pública y de caudales públicos en el ámbito del delito de malversación del artículo 432 del Código Penal.

HECHOS.—En lo que aquí interesa, se formula acusación contra D. Eutimio, Director General de una empresa pública y Secretario-gerente de la Fundación vinculada a la primera, por considerar que, al conceder una beca, había llevado a cabo actos de disposición por mera liberalidad no amparados en justa causa y sin tener facultades para ello.

La Audiencia Provincial condena a D. Eutimio como autor de un delito de malversación de caudales públicos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—No constando el contenido del acuerdo por el que el acusado —patrono y Secretario— fue nombrado gerente de la Fundación, no se puede presumir que el Patronato hubiera delegado en él la facultad de conceder las becas o ayudas económicas.

Por otra parte, entre los requisitos para que concurra el delito de malversación del artículo 432 del Código Penal se encuentra la cualidad de «funcionario público» del agente, concepto más amplio que en el ámbito del Derecho Administrativo y que solo exige fundamentalmente la participación en la función pública. Este requisito se entiende cumplido, entre otros motivos, porque el acusado ejerce un cargo en la Fundación, entidad pública a los efectos de la aplicación del artículo 24 del Código Penal, al tener entre sus fines contribuir a la mejora de la prestación del servicio público de mercado mayorista alimentario, compartiendo la finalidad de la empresa pública fundadora. Aunque formalmente la Fundación y la empresa son dos entidades diferentes, desde el punto de vista legal y práctico la primera no es más que un instrumento jurídico creado por la sociedad como medio para desarrollar un proyecto que contribuye a la mejora del servicio público. La misma respuesta merece el requisito de «públicos» de los caudales objeto del delito en la medida en que el capital de la sociedad mercantil era prácticamente público en su totalidad y la Fundación se constituyó con aportaciones exclusivas de ella.

[18] Auto de la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.^a), de 20 de marzo de 2018. Ponente: D. Javier Martín Mesonero.

Fundaciones tutelares: retribución procedente si el patrimonio del tutelado lo permite.

HECHOS.—La Fundación M., designada como tutora de un discapacitado, solicita que se fije una retribución económica por el ejercicio de este cargo, dada la suficiencia del patrimonio del tutelado para ello.

El Auto en primera instancia es contrario a la petición pero el recurso interpuesto por la entidad fundacional ante la Audiencia Provincial es, por el contrario, estimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Aunque se ha cuestionado si este tipo de personas jurídicas tienen derecho a retribución —dada la ausencia de fin lucrativo que les caracteriza—, siguiendo la línea de otras resoluciones previas, no puede excluirse el derecho de las fundaciones tutelares a ser retribuidas por el ejercicio del cargo de tutor, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita, como exige el artículo 274 del Código Civil.

[19] Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.^a), de 25 de febrero de 2019. Ponente: Dña. María Isabel Ochoa Vidaur.

Contrato de terminación de un arrendamiento rústico: no son de aplicación las reglas de enajenación o gravamen de bienes y derechos que constituyen la dotación fundacional; no nulidad radical del contrato aún en el caso de no capacidad para representar a la fundación de la persona que actúa en su nombre.

HECHOS.—D. Roberto y una herencia yacente (en cuya posición se subroga después la Fundación C.) firman un contrato de arrendamiento rústico de una serie de fincas con una duración de diez años, sin perjuicio de las prórrogas legales. Tiempo después, D. Roberto y D. Carlos Miguel —como Presidente del Patronato— firman un contrato por el que resuelven anticipada y remuneradamente el contrato de arrendamiento rústico que ligaba a las partes.

D. Roberto interpone demanda frente a la Fundación alegando la nulidad radical de este último contrato por infracción, en esencia, por la imposibilidad de D. Carlos Miguel de contratar en nombre de la Fundación en ese acto. En primera instancia se desestima la demanda y esta resolución es confirmada por la Audiencia Provincial en apelación.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.—A la vista de los artículos 1259 y 1261 del Código Civil, la posibilidad de contratar en nombre de otro no es un defecto incurrir en un supuesto de nulidad radical en cuanto admite la convalidación y solo se incurre en nulidad ante la falta de consentimiento, objeto o causa. Por otra parte, no son de aplicación las reglas respecto de la enajenación o gravamen de los bienes y derechos que constituyen la dotación fundacional (art. 21 de la Ley 50/2002) ya que lo que se produce es la extinción de un contrato de arrendamiento que automáticamente tiene como consecuencia la recuperación de la posesión de las fincas que constituían su objeto, sin perjuicio de las indemnizaciones pactadas para que dicha extinción tenga efectos (indemnizaciones que no constituyen «gravamen»).

Teniendo en cuenta lo anterior, el representante de la Fundación no necesitaba el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Patronato y la obligatoria autorización del Protectorado pues quien ha intervenido está capacitado para representar a la persona jurídica y el contrato no contiene actos de enajenación ni gravamen.

[20] Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.ª), de 18 de enero de 2019. Ponente: Dña. María del Carmen Escrig Orenga.

Inscripción de la interposición de demanda en el Registro de Fundaciones como medida cautelar: irregularidades aparentes en acuerdos de cambio de patronos y modificación de Estatutos: concurren los requisitos.

HECHOS.—A D. José Manuel, Vicepresidente del Patronato de la Fundación B. F., se le exige rendición de cuentas y se propone su cese por la disposición de fondos pertenecientes a la persona jurídica. D. José Manuel convoca al Consell y promueve entonces el cambio de algunos patronos y la modificación de los Estatutos para poder destituir al Presidente. Uno de los patronos interpone acción de nulidad de las designaciones de nuevos patronos (contra la Fundación) y acción de declaración de falta de diligencia, responsabilidad y cese (contra una serie de patronos). Solicita, además, la adopción de varias medidas cautelares, objeto de la resolución aquí reseñada: inscripción de la

interposición de la demanda en el Registro de Fundaciones de la Comunidad Valenciana, suspensión cautelar del ejercicio de su condición de patronos de los demandados, suspensión de los acuerdos y actos adoptados en las reuniones del Consell objeto de impugnación y vigencia de los Estatutos previos a la modificación impugnada.

La resolución de instancia desestima la adopción de medidas cautelares por no quedar probado el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación en parte, concretamente, en lo que respecta a la inscripción de la interposición de la demanda en el Registro de Fundaciones.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Concurren los requisitos legales respecto de la medida de inscripción de la interposición de la demanda en el Registro de Fundaciones pero no respecto de la adopción de la medida de suspensión cautelar del ejercicio de la condición de los patronos y de los acuerdos y actos adoptados e impugnados. En cuanto a la apariencia de buen derecho, si bien de los hechos narrados en la demanda se desprende la existencia de algunas irregularidades que justifican la interposición de la demanda y su inscripción en el Registro de Fundaciones, parte de los hechos que sirven de sustento a la pretensión actora han sido analizados por otras jurisdicciones y han sido desestimados, lo que constituye un indicio a tomar en consideración en esta fase procesal. Por otro lado, respecto del peligro por la mora procesal, se trata de acuerdos que fueron adoptados hace diez años y en relación a los cuales, aunque nunca se ejecutaron por la adopción de medidas cautelares, hay que tener en cuenta los muchos cambios producidos respecto de las personas que en su día eran patronos y de las instituciones.

[21] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.ª), de 12 de diciembre de 2018. Ponente: Dña. Mireia Borguño Ventura.

Capacidad para ser parte en un procedimiento judicial: personalidad jurídica de una fundación: la adquiere con la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones, que tiene carácter constitutivo.

HECHOS.—Dña. Salomé fallece instituyendo como heredera universal del resto de bienes que no había legado a sus sobrinos a la Fundación M., que estaba en fase de creación, matizando que, para el caso de que a los cinco meses de su muerte no estuviera formalizada la constitución de la fundación, ésta quedaría sustituida por Dña. Adolfinia y D. Luciano.

Dña. Salomé fallece en enero de 2013. En marzo del mismo año se constituye mediante escritura pública la Fundación M. y en 2015 se inscribe en el Registro de Fundaciones y comienza a operar como tal. Pasado el tiempo, aparece un testamento ológrafo posterior al anteriormente señalado y de diferente contenido —pues deja la herencia a sus nietos—. La Fundación interpone demanda solicitando la nulidad de dicho testamento ológrafo. La parte

demandada se opone aduciendo la falta de legitimación de la actora así como la validez del negocio jurídico.

La sentencia de instancia aprecia dicha falta de legitimación por cuanto no se cumplió en el plazo fijado por la testadora la condición de la formalización de la Fundación, fallando en el mismo sentido la Audiencia Provincial al conocer del recurso de apelación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—De los artículos 311-3-2, 311-2 y 331-1-4 del Código Civil Cataluña, se deriva que las personas jurídicas como las fundaciones pueden ser parte procesal e intervenir en juicios en defensa de sus intereses cuando adquieren personalidad jurídica, esto es, por medio de la voluntad manifestada en el acto de constitución y una vez inscrita la carta fundacional en el Registro de Fundaciones. La inscripción de la Fundación en el correspondiente Registro tiene carácter constitutivo de la misma por lo que no es hasta entonces cuando adquiere personalidad jurídica y, por tanto, capacidad para ser parte en un procedimiento judicial. La voluntad de la causante no puede ser contraria a una norma imperativa como la transcrita e interpretarse de forma que bastara su constitución para adquirir la condición de heredera. Para la adquisición de derechos es necesario tener personalidad jurídica, salvo los casos expresamente previstos en la ley.

Tampoco está amparada su legitimación en el artículo 422-3-1 del Código Civil de Cataluña, que la reconoce para ejercitar la acción de nulidad de un testamento a las personas a quien puede beneficiar la declaración de nulidad. El precepto se refiere a «las personas», término que debe interpretarse, cuando deban comparecer en juicio, en el sentido previsto en el artículo 7 de la Ley Enjuiciamiento Civil, esto es, que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, hecho que no ocurre hasta que adquiere personalidad jurídica definitiva con la inscripción en el Registro.

[22] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.^a), de 14 de noviembre de 2018. Ponente: Dña. Victoria Salcedo Ruiz.

Renuncia de un patrono: constancia en escritura pública válida; no se requiere una causa que la motive.

Nombramiento de un patrono: no necesidad de relación familiar de los patronos derivada de la voluntad fundacional o los Estatutos.

HECHOS.—El Patronato de la Fundación D. F. E., constituida *mortis causa*, se ha venido desde el inicio nutriendo de patronos pertenecientes a la familia de los tres patronos fundacionales. Como consecuencia de la renuncia de D. Diego como patrono y la designación por este último de D. Dámaso como nuevo patrono, la Fundación interpone una demanda contra ambos solicitando que tanto la renuncia como la designación de nuevo patrono y su inscripción sean consideradas contrarias a Derecho. Alegan que se realizaron a hurtadillas y desprovistas de los requisitos de publicidad y conocimiento, sustentándose en una causa espuria la renuncia de D. Diego y sin cumplir la designación de

D. Dámaso con el requisito de relación familiar respecto del patrono renunciante o cesante.

La demanda es desestimada, corriendo la misma suerte el recurso de apelación interpuesto ante la Audiencia Provincial.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La renuncia no adolece de ningún defecto pues cumple los presupuestos previstos en la Ley y en los Estatutos de la Fundación al constar efectuada en escritura pública, una de las formas llamadas a utilizarse. Por otro lado, la acreditación de la puesta en conocimiento ante el Patronato de la voluntad del patrono de renunciar en diversas reuniones así como la inscripción en el Registro de Fundaciones de la renuncia, hace decaer la alegación de que la persona jurídica fundacional no tuviera conocimiento de la misma.

Respecto de la causa que motiva la renuncia del patrono, ni la Ley ni los Estatutos requieren que exista justificación. No pueden ser de aplicación al supuesto de hecho los correspondientes preceptos legales relativos a los cargos de albaceas, mandatarios o administradores de sociedades mercantiles pues, al preverse el supuesto en la Ley de Fundaciones, no entraría en juego la analogía que recoge el artículo 4 del Código Civil.

En cuanto a la relación familiar entre el patrono renunciante y el nuevo designado, no cabe interpretar tal requisito del texto literal del testamento de la causante ni de su voluntad, pues encargó las operaciones de constitución de la fundación a personas ajenas a la familia. Del mismo modo, aunque en la escritura fundacional y en los Estatutos se prevé la llamada a los hijos mayores en el orden de suceder a los patronos, éstos se reservan la facultad de alterar o modificar dichos nombramientos, eligiendo otros sustitutos (y éstos también tienen, en su caso, ese derecho de hacer la designación de quien haya de sucederles). De esto se colige que, aunque el Patronato se ha venido nutriendo desde el inicio de patronos pertenecientes a las familias de los tres patronos fundacionales, ello no impide que pueda ser designada una persona que no pertenezca a las mismas —que, por otra parte, no son de la familia de la causante—.

[23] Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.ª), de 10 de julio de 2018. Ponente: Dña. Milagros del Saz Castro.

Legitimación de los patronos para impugnar acuerdos que perjudiquen sus intereses legítimos: impugnación diferente a la acción de responsabilidad civil en interés de la fundación: la regulación de esta última no excluye otras posibles habilitaciones para accionar: legitimación existente.

HECHOS.—La Generalitat de Cataluña, en calidad de patrono, demanda a la Fundación PRL impugnando el acuerdo adoptado por el Patronato al que pertenece y por el que se habían modificado los Estatutos de la persona jurídica fundacional, considerando que dicha modificación es contraria a la ley.

La Fundación opone, en lo que aquí interesa, la falta de legitimación activa y de interés legítimo de la actora para el ejercicio de la acción de impug-

nación contra acuerdos del Patronato, al entender que únicamente está legitimado para ello el Protectorado.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda de la Generalitat mientras que la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la demandante-apelante.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—En lo que aquí interesa, se estima la legitimación de los patronos para impugnar acuerdos del Patronato de una Fundación. A la vista del artículo 34 de la Ley 50/2002, la ley establece la legitimación del Protectorado para impugnar los acuerdos del Patronato. Sin embargo, esta facultad no se recoge de forma exclusiva ni excluye la posible existencia de otros intereses legítimos para su ejercicio con lo que nada impide que aquel patrono que se sienta perjudicado por el acuerdo adoptado pueda impugnarlo directamente.

Señala el órgano jurisdiccional que el artículo 15.3 de la Ley 30/1994 (encargado de regular la acción de responsabilidad de los patronos en la norma derogada) reconoce una legitimación que se contempla de una forma específica y singular pero que, en todo caso, no excluye otras posibles habilitaciones para accionar, como la de los beneficiarios del artículo 2 de la citada Ley o de otras personas que tengan derechos e intereses legítimos en el objeto procesal. Esto no quiere decir que se venga a admitir una suerte de acción pública para la defensa del interés general que representa el fin de la fundación (para eso está el Protectorado) pero sí si está fundada en un interés legítimo, personal y directo.

Un acto interno del Patronato contrario a los Estatutos puede causar perjuicios a los intereses de la fundación pero también a los intereses individuales de alguno de los miembros de ese órgano. La impugnación que los patronos pueden ejercitar en defensa de sus intereses individuales es diferente a la acción de responsabilidad civil en interés de la fundación que se regula en el citado artículo 15. Por tanto, la legitimación del patrono para impugnar acuerdos que le perjudiquen no puede ser negada, debiendo añadir que, cuando se trata de personas jurídicas, no puede serle atribuida a la persona física, pues quien dice ser perjudicado es el patrono.

[24] Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2.ª), de 22 de junio de 2018. Ponente: D. Antonio Marín Fernández.

Inoficiosidad de la dotación patrimonial de una fundación: analogías existentes con la donación, exigencia de capacidad para disponer gratuitamente, derecho a la herencia, no necesario acreditar desviación o fraude: a la dotación le es de aplicación el artículo 636 del Código Civil: inoficiosidad procedente: participación proindiviso en la dotación fundacional.

HECHOS.—Como consecuencia del fallecimiento de la fundadora de la Fundación C. M. S. y el reparto de los bienes y derechos de la herencia, los hijos de la causante interponen acciones de complemento de legítima a través de la nulidad de ciertos negocios jurídicos y la reducción de donaciones que consideran inoficiosas.

En lo que a la Fundación concierne y aquí interesa, los hijos solicitan que se declaren inoficiosas una serie de donaciones que la causante realizó a la persona jurídica sin fin de lucro (una en metálico, otra en bienes del patrimonio histórico-artístico español, como un Palacio Ducal, Archivo Ducal, obras de arte, mobiliario y elementos ornamentales). En primera instancia se falla a favor de la inoficiosidad de dichas donaciones y se condena a la Fundación a resarcir las lesiones legitimarias causadas a los demandantes reintegrándoles en dinero las sumas correspondientes.

La Audiencia Provincial confirma la inoficiosidad de las donaciones —pronunciándose respecto del régimen a aplicar a la dotación fundacional— aunque modifica las consecuencias que se habían anudado a dicha inoficiosidad —no un derecho de crédito a favor de los hijos sino un derecho a obtener una parte en proindiviso de la dotación fundacional—.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El órgano jurisdiccional se plantea si la dotación fundacional con motivo de la constitución de una fundación ha de considerarse donación a efectos de inoficiosidad o, por el contrario y en atención a su fin o destino, no ha de considerarse donación y sí una aportación con el objeto de constituir la fundación, que se excluiría de la previsión legal del artículo 636 del Código Civil. Frente a las múltiples opiniones doctrinales, no se dispone de un criterio jurisprudencial asentado acerca de si la dotación para la constitución de una fundación puede considerarse como colacionable y computarse para fijar la legítima. La cuestión no radica tanto en determinar si la dotación fundacional tiene naturaleza jurídica o no de donación como en saber si los artículos 636, 654, 818 y concordantes son o no aplicables a tal negocio, cuestión, esta última, a la que responde el órgano jurisdiccional afirmativamente y «sin ningún género de dudas».

En razón de lo establecido en las sucesivas leyes de fundaciones, la dotación es una disposición gratuita de bienes y derechos y de ahí que, en coherencia, el artículo 8.2 de la Ley 50/2002 requiera a las personas físicas capacidad para disponer gratuitamente respecto de ella. No es un argumento riguroso el afirmar que no todo negocio jurídico y gratuito es considerado como donación (aludiendo al mandato, comodato o depósito), dadas las indudables analogías existentes entre dotación y donación. Tampoco prospera señalar que la causa de la dotación no es la liberalidad del disponente sino el legítimo ejercicio del derecho constitucional a la fundación en aras de proteger un interés público determinado. En este sentido, es claro que en los negocios jurídicos gratuitos la causa reside en la liberalidad del otorgante y, en cuanto a sus móviles subjetivos —que quedan fuera del negocio—, tan válido es, en todo caso, el recurso al artículo 34 Constitución Española como al artículo 33, donde se consagra la garantía institucional del derecho a la herencia que asiste y da protección a los legitimarios. Por otra parte, aunque los preceptos limitativos no pueden ser interpretados de forma extensiva, incluir en el ámbito del artículo 636 del Código Civil los actos de disposición que se lleven a efecto para constituir una dotación fundación no es hacer una interpretación extensiva sino integrar sistemáticamente el precepto con la normativa propia de las fundaciones (que ha venido

insistiendo en la necesidad de plena libertad civil para la transmisión de sus bienes y derechos).

El hecho de que la voluntad de la fundadora fuera que los bienes aportados en la constitución de la Fundación fueran de exclusiva titularidad de ésta no obsta a que, sobre esta disposición, pesen las mismas restricciones que sobre cualquiera que hubiera hecho la causante en vida a título gratuito. Por lo tanto, la inicial validez de la disposición queda condicionada a la práctica de las operaciones sucesorias, sin que la ausencia de acciones por parte de los hijos de la fundadora en el momento de la constitución de la Fundación pueda entenderse como aquiescencia tácita: es acorde con la lógica del proceso sucesorio pues la operación de comprobar del perjuicio de las legítimas se produce *ex post* al fallecimiento del causante, nunca en un momento anterior.

No es correcto exigir que los legitimarios deban acreditar que el ejercicio del derecho de fundación haya sido un ejercicio desviado o en fraude. No se trata de aplicar, si cupiera, lo previsto en el artículo 7.2 del Código Civil sino de constatar en términos de plena y rigurosa objetividad la eventual lesión a los derechos de los legitimarios como consecuencia de las disposiciones de bienes hecha en vida por la causante, abstracción hecha del propósito que hubiera guiado a la misma a la hora de constituir la fundación y dotarla de determinados bienes.

En cuanto a hacer efectiva la inoficiosidad de la disposición patrimonial efectuada por la causante a favor de la Fundación a través de la dotación fundacional, teniendo en cuenta la legislación sobre protección del patrimonio histórico-artístico en general y del patrimonio documental en particular —principio de indivisibilidad de los bienes y de vinculación al inmueble—, debe reducirse esta disposición patrimonial reconociendo a los legitimarios el derecho a obtener una participación indivisa en la titularidad del conjunto de bienes que integraron la referida dotación fundacional. Se declara que, en lugar de un crédito pecuniario, tendrán derecho a obtener el porcentaje que se corresponda a su participación en la herencia, una parte en proindiviso de la dotación fundacional, ya en pleno dominio, ya en nuda propiedad al concurrir con el usufructo vitalicio del cónyuge viudo.

[25] Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª), de 7 de marzo de 2018. Ponente: D. Ildfonso Barcalá Fernández de Palencia.

Condición de fundación como consumidora: fundación que desarrolla una actividad comercial prestando un servicio remunerado, problemas de competencia desleal: no contrato de consumo.

HECHOS.—Una empresa comercializadora de gas demanda a la fundación propietaria de una residencia como consecuencia de una cláusula penal en el contrato de suministro. Dejando a un lado la controversia estrictamente contractual relacionada con dicha cláusula, la fundación alega su condición de consumidor para justificar una mayor protección frente a la empresa.

La demanda de la comercializadora de gas es estimada mientras que el recurso de apelación interpuesto por la fundación es desestimado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La trascendencia que podría tener el reconocimiento de la condición de consumidor de la fundación vendría dada por la posibilidad de declarar el carácter abusivo de la cláusula. No obstante, la demandada no puede ser considerada como consumidor pues no reúne los requisitos del artículo 3 TRLGDCU. Es una persona jurídica y, por tanto, para ser consumidor necesita carecer de ánimo de lucro y actuar con un propósito ajeno a una actividad comercial e industrial. Si bien cumple el primer requisito al ser una fundación (el art. 2 de la Ley 50/2002 excluye el ánimo de lucro de las organizaciones constituidas con esta forma jurídica), no parece que la fundación en cuestión, al gestionar una residencia, actúe en un ámbito ajeno a una actividad comercial o industrial. La gestión de una residencia es una actividad comercial, pues se presta un servicio que es el de alojamiento y manutención de los residentes a cambio de una remuneración. No se ha probado que la residencia no cobre cantidad alguna a los residentes, de forma que la prestación del servicio se desarrolle de forma plenamente altruista o con cargo solo a los fondos de la fundación. Habrá que presumir, pues, que el servicio se presta a cambio de un precio, lo que implica una actividad comercial, aunque no haya ánimo de lucro porque las cuotas sean las estrictamente necesarias para cubrir los gastos.

De atribuir la condición de consumidor a los titulares de todos estos establecimientos donde se prestan servicios asistenciales, de enseñanza, hospitalarios, etc., simplemente porque carecen del ánimo de lucro propio de los demás titulares de establecimientos del mismo tipo, se produciría una competencia desleal entre ambos: siendo evidente que se produce la concurrencia de unos y otros en el mercado, los primeros disfrutarían de unos derechos que no tienen los segundos, produciéndose la desigualdad que hace desleal la competencia.

[26] Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), de 11 de septiembre de 2005. Ponente: D. Fernando Caballero García.

Doctrina del levantamiento del velo: donación de bienes embargados por parte de una Asociación a una Fundación con coincidencia de personas en los órganos de gestión y de domicilio social, conocimiento del embargo y sucesión en la actividad: aplicación de la doctrina procedente.

HECHOS.—La Asociación P. fue condenada por sentencia firme al pago de una cantidad a D. Jacinto y Dña. Martina, sentencia cuya ejecución se ins- ta, procediéndose al embargo de bienes y derechos del patrimonio de la persona jurídica entre febrero y mayo del año 2000. En diciembre de 2003 la Asociación procede a donar determinados bienes a la Fundación homónima, algunos de los cuales habían sido embargados en el referido procedimiento. Tales bienes fueron donados como libres de cargas pese a la coincidencia de los órganos de gestión y representación tanto de la entidad donante como de la donataria (comparten el mismo domicilio y las mismas personas eran presidentes y secretarios de la asociación y la fundación).

D Jacinto y Dña. Martina interponen demanda solicitando la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y la condena a la Fundación para que abone la cantidad debida. La demanda es desestimada en primera instancia pero el recurso de apelación que los actores interponen ante la Audiencia Provincial es estimado por ésta.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—La coincidencia de personas en los órganos de gestión de las entidades y del domicilio social durante el período controvertido —esto es, la fecha del nacimiento de la obligación de pago a cargo de la Asociación y la fecha de la donación patrimonial realizada a la Fundación—, si bien constituyen unos indicios primarios, no conllevan necesariamente la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, debiendo analizar el resto de circunstancias concurrentes.

El hecho de que los bienes fueran donados libres de cargas pese a que tanto la entidad donante como la donataria tenían conocimiento de la existencia de la sentencia condenatoria y el embargo de los bienes relacionados, es otro dato relevante para acreditar la finalidad defraudatoria de la «dotación patrimonial» que determina la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

A mayor abundamiento, la Fundación acepta la transmisión de la titularidad de la gestión de las actividades que ha venido desempeñando la Asociación y acepta la sucesión de empresa de ésta respecto de la totalidad de la plantilla laboral. Esto es, se trata de una auténtica sucesión de entidades ya que la Fundación pasa a desarrollar las mismas actividades que venía desempeñando la Asociación, con la misma plantilla laboral, la totalidad del inmovilizado y la deuda con entidades de crédito a largo plazo.

V. Otras Resoluciones

[27] Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de enero de 2019.

Adjudicación de herencia a favor de una Fundación Canónica: adquisición de personalidad jurídica: Acuerdos con la Santa Sede: no es de aplicación el requisito de inscripción en el Registro de Fundaciones pero sí en el Registro de Entidades Religiosas: no posibilidad de inscribir bienes y derechos a favor de entidades sin personalidad jurídica: calificación negativa conforme a Derecho.

HECHOS.—En 1992 consta Decreto por el que D. M. A. F. y Dña. M. C. F. desean fundar una beca en el Seminario Mayor Diocesano, con el nombre de su hija fallecida, para sufragar los gastos ocasionados por los estudios de los Seminaristas. En 2013, fallecido D. M. A. F., se procede a la adjudicación de bienes por razón de herencia, instituyendo el causante «heredera universal de todos sus bienes, derechos y acciones a la Fundación Beca, denominada “M. C. F. F” [el nombre su hija]», perteneciente a una Diócesis. Presentada en el Registro de la Propiedad copia de la escritura autorizada mediante la que se formalizaron las

operaciones de aceptación y adjudicación de herencia, ésta es calificada negativamente por el Registrador, calificación confirmada con posterioridad. Entre otros, se alega que no consta acreditada la inscripción en el Registro de Fundaciones, ni el domicilio ni el CIF de la señalada Fundación Pía Canónica.

La Diócesis recurrente se opone a dicha calificación sosteniendo, en síntesis y en lo que aquí interesa, que, si estamos ante una Fundación Pía Canónica, la misma no resultaría inscribible en el Registro de Fundaciones regulado en la Ley 50/2002, sino en el Registro de Entidades Religiosas y que, a resultas del Decreto diocesano de 1992 antes reseñado, se asume la obligación de sufragar los gastos de los estudios de los seminaristas pero no se dota de personalidad jurídica canónica a una entidad, siendo, por tanto, la Diócesis o el Obispado el adquirente de los bienes como heredero y no la Fundación Beca.

La DGRN ratifica íntegramente el contenido de la nota de calificación impugnada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—El Estado reconoce a la Iglesia Católica la autonomía para poder organizarse libremente, creando las entidades que considere necesarias para el cumplimiento de sus fines, entidades a las que se reconoce personalidad jurídica y plena capacidad de adquirir (art. 1 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 1979). Respecto de aquellas entidades y fundaciones religiosas que se erijan canónicamente a partir de 1979, la norma dicta que adquirirán la personalidad jurídica mediante la inscripción en el correspondiente Registro del Estado, estando exentas de este trámite de inscripción las circunscripciones territoriales (por ejemplo, parroquias y obispados) ya que gozan *ope legis* de personalidad jurídica en cuanto la tengan canónica (art. 1.2 Acuerdo).

De la lectura del testamento se deduce que no hay legado ni institución hereditaria a favor del Obispado o Diócesis sino institución de heredero a favor de la Fundación. Su caracterización como Fundación Canónica encaja perfectamente en la regulación que a dichas Instituciones consagra el vigente Código de Derecho Canónico (arts. 114 y 115.3). No cabe la posibilidad de entender en el presente caso que la referida Fundación canónica pueda tener el carácter de una «fundación no autónoma» del artículo 1303.2 del citado Código, pues estas últimas son simples bienes afectos al cumplimiento de determinados fines que han de tener fijado un plazo temporal limitado en cuanto a dicha afección y que por carecer completamente de personalidad jurídica en ningún caso pueden tener aptitud para ser instituidas herederas. No resulta aplicable, por tanto, la dispensa de inscripción en el correspondiente Registro Estatal de Entidades Religiosas que se contempla para las circunscripciones de la Iglesia Católica por cuanto quien resulta designado como heredero es la Fundación y no el Obispado.

Tratándose de una Fundación Canónica no le resulta de aplicación el artículo 4 de la Ley 50/2002 pero sí el Real Decreto 589/1984, sobre Fundaciones religiosas de la Iglesia Católica —todavía de aplicación en virtud de la Disposición Transitoria Segunda del Real Decreto 594/2015—, según el cual las fundaciones de su ámbito

de aplicación podrán adquirir personalidad jurídica civil mediante su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. De aquí se colige el mantenimiento del requisito de la inscripción en este Registro estatal para la adquisición de personalidad jurídica, lo que obliga a confirmar la calificación recurrida en la medida en que, conforme al artículo 11 del Reglamento Hipotecario, no serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica.

[28] Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla (Sección 1.^a), de 18 de octubre de 2018. D. Francisco Javier Carcelero Espinosa de los Monteros

Calificación como culpable del concurso de una fundación: aplicación a los patronos del artículo 1726 LC: no responsabilidad colegiada sino individualizada según participación de cada miembro y teniendo en cuenta, entre otros, la remuneración o no del cargo: culpabilidad del Director General respecto de las causas vinculadas con sus funciones; no culpabilidad de los miembros de la Comisión Ejecutiva porque no queda acreditada delegación de fundaciones por el Patronato.

HECHOS.—La Administración Concursal de la Fundación F y el Ministerio Fiscal ejercitan acción de calificación como culpable del concurso de acreedores, solicitando la declaración de responsabilidad de los miembros de la Comisión Ejecutiva de la Fundación así como de D. Miguel Ángel, Director General y apoderado de la persona jurídica. Alegan un incumplimiento sustancial de la obligación de la entidad concursada de la llevanza de la contabilidad y una falta de legalización de los libros contables (art. 164.2.1.º de la Ley Concursal), el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1.3.º LC) así como no haber formulado ni aprobado las cuentas anuales (art. 165.1.3.º LC).

El fallo de la sentencia califica el concurso como culpable, declarando culpable y condenando al Director General a la inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un período de dos años pero absolviendo, por el contrario, a las personas que forman parte de la Comisión Ejecutiva.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.—Respecto de las causas de culpabilidad.—Se acredita la concurrencia de la causa regulada en el artículo 165.1.º LC consistente en incumplir el deber de solicitar la declaración del concurso pues la entidad no lo solicitó dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que conoció o debió conocer la insolvencia (lo que demuestra la existencia de embargos ejecutivos de la AEAT, cartas de los trabajadores por impago de salarios o impago de posiciones con diversas entidades).

Se produce también por la entidad el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de la contabilidad en sentido estricto: aunque, por el principio de prueba imposible de los hechos negativos y el de facilidad probatoria, les corresponde a los afectados probar que sí se ha llevado correctamente la contabilidad, el incumplimiento se ve acreditado por la existencia de requerimientos de subsanación del Protectorado, correos señalando diferencias significativas en la concordancia entre los registros contables mecanizados y las cuentas presentadas al órgano de control, etc.

Respecto de la calificación culpable del procedimiento concursal.—Llevando a cabo los patronos en el ámbito de las fundaciones el gobierno y representación de éstas, es aplicable a aquellos lo establecido en el artículo 1726 LC conforme al cual «el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido». Aludiendo a otras resoluciones (SAP Córdoba de 16 de marzo de 2010), se sostiene que a los efectos de valorar la diligencia seguida por cada patrono e individualizar su responsabilidad, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios: tipo de fundación de que se trate (dotacional vs. empresarial), carácter remunerado o no del cargo y estructura del órgano de gobierno de la fundación y función que desempeña el patrono.

La Ley Concursal no consagra una responsabilidad colegiada de todos y cada uno de los miembros del órgano de administración sino, más bien, individualizada de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

Aunque se prevé en los Estatutos la posibilidad de delegar en una Comisión Ejecutiva las funciones del Patronato, no se ha acreditado que el Patronato le delegara a esta Comisión aquellas relacionadas con las causas de culpabilidad. Por todo ello, no cabe apreciar la responsabilidad de los miembros de la Comisión Ejecutiva en ninguna de las causas.

Al Director General, cargo ejecutivo de dependencia directa del Patronato, a la vista de los Estatutos, le corresponden, entre otros, la llevanza de la contabilidad y de la correspondencia ordinaria de la Fundación. Se aprecia su culpabilidad en relación con la causa prevista en el artículo 164.2.1.^a LC, al estar inserta de forma plena en sus funciones, pero no respecto a las restantes causas pues exceden del ámbito de sus funciones estatutarias o delegadas (aunque tenía una capacidad de gestión notable, no se ha probado que tuviese facultades generales para llevar la fundación, es decir, que tuviera capacidad de decisión sobre todas las competencias que corresponden a Patronato y Comisión Ejecutiva).

VI. Índice analítico

Autocontratación

STSJ de Aragón de 25 de junio de 2018 [13]

Constitución de una fundación

— *Carácter constitutivo de la inscripción*

SAP de Barcelona de 12 de diciembre de 2018 [21]

RDGRN de 30 de enero de 2019 [27]

— *Constitución mortis causa y dotación fundacional*
STS de 7 de noviembre de 2018 [1]

— *Inoficiosidad de la dotación patrimonial*
SAP de Cádiz de 22 de junio de 2018 [24]

Consumidora (condición de)

— *No condición de fundación consumidora*
SAP de Barcelona de 18 de junio de 2019 [16]
SAP de Burgos de 7 de marzo de 2018 [25]

Denominación de las fundaciones

— *Reserva de denominación*
STS de 6 de junio de 2019 [2]
— *Denominación coincidente, distinto ámbito de actuación*
STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2019 [10]

Fines de interés general

— SAN de 13 de diciembre de 2018 [4]

Fundaciones bancarias

— *Actuaciones para un proceso de transformación válido en plazo. Transformación ope legis.*
STS de 16 de marzo de 2018 [3]
— *Impugnación de actos registrales*
STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de marzo de 2018 [14]

Fundaciones Canónicas

— *Adquisición de personalidad jurídica con la inscripción*
RDGRN de 30 de enero de 2019 [27]

Fundaciones del sector público

— *Adscripción a Administración Pública según Ley contratos del sector público*
STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de noviembre de 2018 [12]
— *Criterios para determinar naturaleza jurídico-pública*
STSJ de Castilla y León de 5 de febrero de 2018 [15]

— *Malversación fondos públicos*
SAP de Sevilla de 25 de marzo de 2019 [17]

Fundaciones tutelares

— *Retribución*
AAP de Cuenca de 20 de marzo de 2018 [18]

Legitimación de una fundación

— *Capacidad para ser parte en un procedimiento judicial*
SAP de Barcelona de 12 de diciembre de 2018 [21]

Levantamiento del velo

— *Aplicación de la doctrina en una transmisión entre una asociación y una fundación*
SAP de Córdoba de 11 de septiembre de 2005 [26]

Patrimonio de una fundación

— *Actos de enajenación y gravamen de la dotación patrimonial*
SAP de Toledo de 25 de febrero de 2019 [19]

— *Adjudicación de herencia a favor de una Fundación Canónica*
RDGRN de 30 de enero de 2019 [27]

— *Autocontratación*
SAN de 22 de marzo de 2018 [7]

— *Concurso de acreedores*
SJ de lo Mercantil de Sevilla de 18 de octubre de 2018 [28]

— *Disminución de la dotación patrimonial*
SAN de 7 de noviembre de 2018 [5]

— *Inoficiosidad de la dotación. Efectos*
SAP de Cádiz de 22 de junio de 2018 [24]

— *Fundación en proceso de liquidación*
STSJ de Andalucía de 10 de abril de 2019 [9]

Patronato de un fundación

— *Compatibilidad del cargo de patrono*
STSJ de Castilla y León de 20 de diciembre de 2018 [11]

— *Delegación de facultades: no se presume*
SAP de Sevilla de 25 de marzo de 2019 [17]
SJ de lo Mercantil de Sevilla de 18 de octubre de 2018 [28]

- *Facultades Patronato en la fundación en proceso de liquidación*
STSJ de Andalucía de 10 de abril de 2019 [9]
- *Legitimación para impugnar acuerdos que perjudican sus intereses*
SAP de Madrid de 10 de julio de 2018 [23]
- *Remuneración patronos*
STSJ de Aragón de 25 de junio de 2018 [13]
- *Requisitos para adquirir condición de patrono*
SAN de 7 de noviembre de 2018 [5]
- *Requisitos para el cese de patronos/miembros de otros órganos*
SAN de 10 de septiembre de 2018 [6]
- *Responsabilidad de los patronos por concurso culpable*
SJ de lo Mercantil de Sevilla de 18 de octubre de 2018 [28]

Protectorado

- *Autorización autocontratación*
STSJ de Aragón de 25 de junio de 2018 [13]
- *Control en el proceso de liquidación de una fundación*
STSJ de Andalucía de 10 de abril de 2019 [9]
- *Resolución sin contenido regulador*
SAN de 22 de enero de 2018 [8]

Registro de Fundaciones

- *Impugnación de meros actos formales registrales*
STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de marzo de 2018 [14]
- *Índice de denominaciones inscritas*
STSJ de Madrid de 22 de marzo de 2019 [10]
- *Medidas cautelares: inscripción de interposición de demanda*
AAP de Valencia de 18 de enero de 2019 [20]

Representación de una fundación

- *Contratación en nombre de otro. Artículo 1259 Cc.*
SAP de Toledo de 25 de febrero de 2019 [19]
- *Interpretación amplia favorable a la legitimación*
SAN de 10 de septiembre de 2018 [6]
- *Legitimación de patrono cuyo cese ha sido impugnado*
SAN de 22 de marzo de 2018 [7]

Índice

Presentación	XIII
<i>Javier Nadal Ariño</i>	

ESTUDIOS

El destino obligatorio de rentas e ingresos en las fundaciones: ¿una obligación o un arte?

Nohemí Boal Velasco y Enrique Rúa Alonso de Corrales

I.	LA EXIGENCIA DEL DESTINO DE RENTAS E INGRESOS COMO CONDICIÓN NECESARIA EN UNA ENTIDAD SIN FINES LUCRATIVOS	4
1.	<i>El destino de rentas e ingresos como condición necesaria.</i>	4
2.	<i>Las fundaciones como entidad sin fines de lucro</i>	4
II.	LA REGULACIÓN DEL DESTINO OBLIGATORIO DE RENTAS E INGRESOS	5
1.	<i>Antecedentes.</i>	6
2.	<i>Situación normativa actual.</i>	6
A)	El destino de rentas en la legislación fundacional estatal.	6
B)	El destino de rentas en la legislación fundacional autonómica	8
C)	Condición para el acceso a la Ley de Mecenazgo	11
III.	LOS ESTADOS CONTABLES O CUENTAS ANUALES: FUENTE DE INFORMACIÓN PARA EL DESTINO DE RENTAS E INGRESOS	11
IV.	CÁLCULO DE LA CUANTÍA OBLIGATORIA A DESTINAR A FINES FUNDACIONALES.	13
1.	<i>Base de cálculo</i>	13
2.	<i>La cuenta de resultados: ingresos y gastos del excedente del ejercicio</i>	14
3.	<i>Las actividades económicas: propias y mercantiles</i>	17
4.	<i>Ajustes negativos o ingresos no computables</i>	19
5.	<i>El grado de cumplimiento del plan de actuación: gastos a fines, gastos de actividad mercantil y gastos no imputados a las actividades</i>	20
6.	<i>Ajustes positivos o gastos no deducibles</i>	23
7.	<i>Porcentaje de destino y cuantía a destinar</i>	24
V.	DESTINO EFECTIVO DE RENTAS E INGRESOS A LOS FINES	24
VI.	CUMPLIMIENTO DEL DESTINO DE RENTAS	26

VII.	PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN LA MEMORIA	26
VIII.	LA CONEXIÓN ENTRE EL DESTINO DE RENTAS Y EL REPARTO DEL EXCEDENTE CONTABLE	30
IX.	LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.	32
X.	LA FUNCIÓN DEL PROTECTORADO Y DEL AUDITOR DE CUENTAS EN RELACIÓN AL DESTINO DE RENTAS E INGRESOS.	34
XI.	REFLEXIONES SOBRE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS QUE GENERA EL DESTINO OBLIGATORIO DE RENTAS E INGRESOS.	35
	1. <i>Los gastos a fines, de la actividad mercantil y no imputados a actividades</i>	35
	2. <i>Plusvalías relevantes en venta de activos</i>	36
	3. <i>Exceso de destino a fines</i>	37
	4. <i>Las inversiones como destino efectivo</i>	38
	5. <i>Obligación de destino de ingresos no cobrados y el posible deterioro del crédito</i>	39
XII.	CONCLUSIÓN FINAL	40
	BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA	41

Sobre el deber de evitar la instrumentalización de las fundaciones en la financiación del terrorismo

Lorena Varela

I.	ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA: LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO DESDE LAS FUNDACIONES.	43
	1. <i>La Cuarta Directiva Europea y la Recomendación 8 del GAFI</i>	45
	2. <i>La normativa española: la LO 10/2010 y el Manual de Mejores Prácticas</i>	52
	3. <i>La conexión entre la normativa administrativa y el tipo penal imprudente de financiación del terrorismo</i>	56
	A) <i>Un apunte sobre el fundamento de la imprudencia que se tipifica</i>	61
II.	SUJETOS OBLIGADOS POR LA NORMA ADMINISTRATIVA Y SUJETOS ACTIVOS DEL TIPO PENAL.	62
	1. <i>Aproximación a la posición de garantía del Patrono: entre la autoprotección fundacional y el interés general</i>	66
	2. <i>El alcance jurídico-penal de la responsabilidad penal del Patrono</i>	68
III.	CONCLUSIONES	77
	BIBLIOGRAFÍA	78

Revisión de oficio de una orden de clasificación por la Administración de una fundación erigida canónicamente

Remigio Beneyto Berenguer

I.	PROBLEMÁTICA	83
	1. <i>Realidad actual</i>	83

2.	<i>Forma de actuación hasta la fecha</i>	84
3.	<i>Consecuencias</i>	85
II.	REVISIÓN DE OFICIO DE LA ORDEN DE CLASIFICACIÓN POR CONSIDERARLA NULA DE PLENO DERECHO	86
1.	<i>Procedimiento de revisión de oficio</i>	88
2.	<i>Órgano competente para la revisión de oficio de la Orden de Clasificación de la Fundación</i>	89
3.	<i>Imprescriptibilidad de la revisión de oficio</i>	90
III.	CAUSAS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO QUE PUEDEN CONCURRIR EN LA ORDEN DE CLASIFICACIÓN DE UNA FUNDACIÓN ERIGIDA CANÓNICAMENTE	91
1.	<i>Orden de clasificación que lesiona derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional [art. 47.1 a) de la Ley 39/2015]</i>	91
2.	<i>Acto dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio</i>	94
3.	<i>Acto de la Administración Pública nulo de pleno derecho por tener un contenido imposible</i>	97
IV.	ARGUMENTOS DE LA DISCUSIÓN ENTRE LA FUNDACIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LA REVISIÓN DE OFICIO	98
1.	<i>La garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica</i>	98
2.	<i>El desconocimiento de los conceptos jurídicos canónicos y del régimen jurídico aplicable</i>	100
3.	<i>La consideración durante muchos años como Fundación de beneficencia particular mixta</i>	102
4.	<i>La infracción o no del derecho de libertad religiosa</i>	103
5.	<i>La posible revocación de la Orden de clasificación</i>	104
V.	PLAN DE ACTUACIÓN DE LAS FUNDACIONES QUE HAN SIDO ERIGIDAS CANÓNICAMENTE Y POSTERIORMENTE CLASIFICADAS COMO FUNDACIONES CIVILES	106
VI.	BIBLIOGRAFÍA	106

Retos y futuro de la sociedad civil

Carlos Álvarez Jiménez

I.	LA SOCIEDAD CIVIL	109
II.	EL ENTORNO	110
1.	<i>Entorno actual</i>	110
2.	<i>Revolución tecnológica</i>	111
3.	<i>Comunicación de las ideas</i>	113
4.	<i>Entorno futuro</i>	114
III.	ACTUACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL	120
1.	<i>Bien común</i>	120
2.	<i>Idea de progreso</i>	121
3.	<i>Actuación ética</i>	122
4.	<i>Defensa de los derechos humanos</i>	122
5.	<i>Desarrollo cultural</i>	123

IV.	FUTURO DE LA SOCIEDAD CIVIL	124
1.	<i>Colaboración con el Estado.</i>	125
2.	<i>Colaboración con las empresas.</i>	126
3.	<i>Mejora de las entidades solidarias</i>	127
V.	RESUMEN	128

CRÓNICA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

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

Manuel Rodríguez Portugués

I.	FUNDACIONES. LA STSJ DE ANDALUCÍA, SALA DE LO SOCIAL, NÚM. 3511/2018, SOBRE CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN DE UNA FUNDACIÓN	132
II.	COOPERACIÓN INTERNACIONAL AL DESARROLLO. NUEVAS AYUDAS DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL DEL DESARROLLO.	135
III.	TERCER SECTOR. APROBACIÓN DE LA LEY 4/2018, DE 8 DE MAYO, ANDALUZA DEL VOLUNTARIADO.	136

Las fundaciones en Asturias

Alejandro Huergo Lora y Javier García Luengo

I.	INTRODUCCIÓN	139
II.	CAMBIOS NORMATIVOS: LA REORGANIZACIÓN DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES	140
III.	JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA	141
1.	<i>Régimen aplicable a las fundaciones del sector público en materia de personal. Obligación de convocar las plazas de personal (laboral) que no sean amortizadas. Aplicación de la figura del «indefinido no fijo»</i>	141
2.	<i>La obligación asumida por una caja de ahorros de constituir prenda sobre las acciones que recibió a cambio de la cesión de su negocio bancario, debe ser cumplida por la fundación en que se transformó dicha caja</i>	145
3.	<i>Impugnación del contrato para la gestión de un centro de acogida de animales, adjudicado a una fundación</i>	147
IV.	PRÁCTICA ADMINISTRATIVA DE LOS REGISTROS DE FUNDACIONES	148

Las fundaciones de Cantabria en 2018: la reordenación del sector público autonómico fundacional

Marcos Gómez Puente

I.	INTRODUCCIÓN: EL PANORAMA FUNDACIONAL EN LA REGIÓN	151
II.	MEDIDAS PRESUPUESTARIAS, FINANCIERAS Y FISCALES	152
III.	SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CANTABRIA DE FUNDACIONES	154

IV. LA REGULACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO FUNDACIONAL	155
V. ALGUNAS OTRAS DISPOSICIONES SECTORIALES	159

Normas y jurisprudencia sobre fundaciones en Castilla-La Mancha

José Antonio Moreno Molina

I. INTRODUCCIÓN	161
II. PRESUPUESTOS GENERALES DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA PARA 2018	161
III. NORMAS SOBRE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	163
IV. JURISPRUDENCIA DEL TSJ DE CASTILLA LA MANCHA SOBRE FUNDACIONES	164

Las fundaciones en Extremadura durante 2018: la Ley del Tercer Sector Social y otras reformas normativas con incidencia en el sector fundacional

Enrique Hernández-Diez

I. INTRODUCCIÓN	168
II. EVOLUCIÓN DE LA REALIDAD DEL SECTOR FUNDACIONAL DURANTE 2018	168
III. LA LEY EXTREMEÑA DEL TERCER SECTOR SOCIAL	171
1. <i>Análisis de los aspectos generales de la Ley: características esenciales y Capítulo I</i>	172
A) Una Ley configurada para una parte especial del Tercer Sector	173
B) Los fundamentos para una legislación autonómica sobre el Tercer Sector Social	174
C) La lógica competencial de la Ley autonómica y su coherencia con la legislación estatal	175
D) El objeto de la Ley extremeña del Tercer Sector Social	177
E) Una Ley de rico contenido axiológico	180
2. <i>Estudio sobre los elementos particulares de la norma: del Capítulo II al Capítulo V</i>	181
A) La regulación sobre las actividades del Tercer Sector Social	182
B) El significado de la acción concertada	185
C) Nuevos y viejos instrumentos para la participación social	188
a) El derecho a la participación del Tercer Sector Social	188
b) La participación general y las reformas legales sobre la Mesa del Diálogo Civil	189
c) Nuevas previsiones sobre la participación sectorial social	190
D) La programación legal para la promoción del sector	191
IV. OTRAS REFORMAS NORMATIVAS SOBRE EL TERCER SECTOR SOCIAL	194
V. CONCLUSIONES	196
REFERENCIAS	197

El Tercer Sector de acción social en las Islas Baleares

Joana M. Socías Camacho y Vicente Juan Calafell Ferrá

I. INTRODUCCIÓN	200
II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS ENTIDADES DEL TERCER SECTOR SOCIAL . .	201
III. LA COLABORACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA PROMOCIÓN DEL TERCER SECTOR SOCIAL	203
IV. LA ACCIÓN CONCERTADA	206

Crónica jurídica de las fundaciones en la Comunidad de Madrid (2017-2018)

Juan-Cruz Alli Turrillas

I. INTRODUCCIÓN GENERAL	211
II. EL PANORAMA REGULATORIO Y SOCIAL DE LAS FUNDACIONES EN LA COMUNIDAD DE MADRID HASTA LA FECHA	215
1. <i>Panorama general</i>	215
2. <i>Panorama en cuanto a las fundaciones públicas</i>	217
III. PANORAMA JURISPRUDENCIAL (TRIBUTARIO Y SUSTANTIVO).	220
IV. REFLEXIONES FINAL SOBRE EL MODELO AUTONÓMICO EN RELACIÓN CON EL SISTEMA NACIONAL.	223

Las fundaciones en la Región de Murcia

Pilar Juana García Saura

I. MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO. SITUACIÓN DE LAS FUNDACIONES	236
II. CONTROL PRESUPUESTARIO DE LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO	237
III. ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RECAÍDAS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA EN MATERIA DE FUNDACIONES. .	242

Las fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

Martín María Razquín Lizarraga

I. NORMATIVA SOBRE FUNDACIONES	245
II. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS DEL GOBIERNO DE NAVARRA	247
III. JURISPRUDENCIA	247
IV. INFORMES DE LA CÁMARA DE COMPTOS SOBRE FUNDACIONES	248
V. LA REALIDAD DE LAS FUNDACIONES EN NAVARRA	248

El derecho de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

Edorta Cobreros Mendazona

I.	AUSENCIA DE ACTIVIDAD NORMATIVA EN EL ÁMBITO DE LAS FUNDACIONES	249
II.	CONVOCATORIA DE SUBVENCIONES PARA ACTIVIDADES DEL TERCER SECTOR	249
III.	REFERENCIA JURISPRUDENCIAL	250

CRÓNICA DE LA UNIÓN EUROPA

Crónica europea 2018

Isabel Peñalosa Esteban

I.	INTRODUCCIÓN: INICIATIVAS EUROPEAS EN TRAMITACIÓN DURANTE EL 2018	255
II.	DIRECTIVAS «CUARTA» Y «QUINTA» RELATIVAS A LA PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO	257
	1. <i>Transposición al ordenamiento español de la IV Directiva: fundaciones y asociaciones</i>	257
	2. <i>Registro de titularidades reales y entidades sin fines de lucro</i>	269
III.	INICIATIVAS DEL SECTOR FUNDACIONAL PARA LA REPRESENTACIÓN DE SUS INTERESES EN EUROPA: LA CREACIÓN DE UN ESPACIO ÚNICO EUROPEO PARA LA FILANTROPÍA	272

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia sobre fundaciones

María Natalia Mato Pacín

I.	TRIBUNAL SUPREMO	277
II.	AUDIENCIA NACIONAL	281
III.	TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	286
IV.	AUDIENCIAS PROVINCIALES	294
V.	OTRAS RESOLUCIONES	304
VI.	ÍNDICE ANALÍTICO	307

