

Informe y propuestas de la Asociación Española de Fundaciones sobre el Borrador de Anteproyecto de Ley de Fundaciones

Marzo de 2014

PREÁMBULO

La Asociación Española de Fundaciones es una asociación privada e independiente, con origen en 1978, declarada de utilidad pública, de ámbito nacional, que asocia a más de 1000 fundaciones españolas de las más diversas dimensiones, finalidades y ámbitos de actuación (local, provincial, autonómico, nacional e internacional). Su misión es trabajar en beneficio del conjunto del sector fundacional tanto a corto, como a medio y largo plazo, en pro de su desarrollo y fortalecimiento. Sus fines son:

1. Representar y defender los intereses de todas las fundaciones españolas, ante las administraciones públicas y otras instancias y organismos, públicos o privados, tanto en España como fuera de ella.
2. Prestar servicios a las entidades asociadas, que faciliten y mejoren su gestión, promoviendo su profesionalización y el mejor cumplimiento de sus fines en beneficio del conjunto de la sociedad.
3. Articular y fortalecer el sector fundacional mediante la promoción del conocimiento mutuo y la colaboración, que permitan la creación de redes, tanto sectoriales (grupos sectoriales), como territoriales (consejos autonómicos).

Se recogen a continuación las observaciones que formula esta asociación al borrador de anteproyecto de Ley de Fundaciones del Ministerio de Justicia.

En primer lugar, se formulan las observaciones fundamentales al texto, seguidas de otras observaciones y propuestas al articulado del borrador. Entre las propuestas al articulado se recogen algunas nuevas no contempladas en el borrador.

OBSERVACIONES FUNDAMENTALES

La Asociación Española de Fundaciones valora positivamente el objetivo propuesto por el borrador de modificar algunos aspectos del régimen vigen-

te de fundaciones con la finalidad de garantizar un mejor ejercicio del derecho de fundación. En particular, valora favorablemente la propuesta de hacer realidad el Registro de Fundaciones contemplado en las leyes de 1994 y 2002 y de unificar en un único órgano las funciones del protectorado en el ámbito de la Administración General de Estado. Se valora también positivamente la intención de mejorar la transparencia y el buen gobierno de las fundaciones.

Sin embargo, la Asociación Española de Fundaciones considera que algunas de las medidas de reforma propuestas en el texto no contribuyen a lograr el citado objetivo de mejorar el ejercicio de este derecho, sino que imponen limitaciones e introducen un mayor intervencionismo. En concreto, deben realizarse las siguientes observaciones:

i) *Protectorado: naturaleza y funciones.*

Desde el sector fundacional se ha manifestado desde hace tiempo la necesidad de reforzar las funciones del protectorado, no sólo creando un protectorado único en el ámbito de la Administración General del Estado, sino dotándolo de recursos humanos y materiales que permitan un adecuado ejercicio de las funciones de supervisión que le atribuye la ley. Se ha puesto de manifiesto también por parte del sector, la necesidad de que dicho control no sea simplemente formal sino que atienda a las cuestiones materiales que subyacen a la actividad de las fundaciones.

Esta necesidad se ha ido haciendo cada vez más patente conforme el sector fundacional ha ido creciendo y su actividad ha ido haciéndose también más compleja. El control del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley requiere un grado cada vez más especializado de conocimiento del régimen jurídico de las fundaciones, integrado no sólo por la regulación propiamente fundacional sino por otras muchas normas que regulan la actividad de las personas jurídicas, así como del régimen económico y financiero en el que operan.

En el borrador de anteproyecto se aprecia una clara intención de adecuar el funcionamiento del protectorado a esta nueva realidad, atribuyendo a este órgano potestades reguladoras que implican no sólo la actividad de supervisión del ejercicio del derecho de fundación, sino también la potestad más intensa de las que implica la función reguladora, como es la potestad sancionadora. La potestad sancionadora se convierte, a juicio de esta asociación, en la piedra angular del nuevo modelo de protectorado, algo con lo que debe expresar su disconformidad.

Con esta intención de reforzar las funciones del protectorado y de adecuarlas a la realidad del sector fundacional, se plantea, además, un sistema de control de la actividad fundacional *ex ante* frente a un control *ex post* más propio de un control puramente administrativo que de lo que ha de entenderse por control público.

Por todo ello, esta asociación considera que ambas propuestas representan un punto de inflexión en la progresiva «liberalización» de la actividad fundacional que se ha ido produciendo desde las normas anteriores a la Constitución, pasando por la Ley de 1994 hasta la actual de 2002, introduciendo un mayor control e intervencionismo.

Compartiendo el juicio sobre la necesidad de contar con un protectorado moderno y con capacidad para realizar sus funciones, esta asociación considera que el modelo planteado en el borrador no atiende a los siguientes problemas y disfunciones planteadas por el modelo actual, ni les da solución:

Rango administrativo del protectorado y dotación de recursos.

En la actualidad, las funciones tan amplias que implica la función reguladora del Estado hacen que su ejercicio se atribuya fundamentalmente a órganos independientes, suficientemente desvinculados de los operadores, del legislativo y de la Administración, en definitiva, a órganos tales como agencias, autoridades independientes o comisiones reguladoras, cuando se trata de sectores en los que concurren actividades de utilidad pública o que pueden afectar a derechos ciudadanos básicos.

Aunque por razones presupuestarias este cambio de modelo es poco realista, muchas de las disfunciones que se han producido en la actividad de los protectorados se deben a la escasa relevancia que se ha dado, desde el punto de vista administrativo, a sus funciones. En el mejor de los casos, esta facultad se ha atribuido a una subdirección general. La atribución a una dirección general no representa un cambio de modelo en el sentido señalado, pero contribuirá sin ninguna duda a hacer más eficaz la labor del protectorado. Al mismo tiempo la dotación de este órgano con los recursos humanos y materiales adecuados y suficientemente especializados, contribuirá al desarrollo adecuado de su labor.

Se proponen, sin embargo, medidas legislativas que representan un cambio de modelo sin haber llegado a poner en marcha el modelo previsto en la ley —protectorado único— y sin haber adoptado las medidas necesarias para un adecuado funcionamiento.

Mecanismos de reacción del protectorado frente a las fundaciones.

Desde los protectorados se ha mantenido que la regulación actual no contempla mecanismos de reacción frente al incumplimiento de las obligaciones de las fundaciones.

Sin embargo, los mecanismos previstos en la ley, en particular la acción de responsabilidad frente a los patronos, no ha sido prácticamente utilizada por estos órganos. Prueba de ello es la escasísima jurisprudencia con la que contamos al respecto. Tampoco ha ejercido otras acciones legalmente previstas y claramente reconocidas en la legislación vigente como la impugnación de los acuerdos del patronato que sean contrarios a la ley o a los estatutos. Probablemente estas acciones no se han iniciado por falta de recursos pero no por falta de previsión legal.

Finalmente, la Ley regula la reacción más contundente, la solicitud de intervención temporal, si el Protectorado advirtiera una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada. Este procedimiento permite al protectorado requerir al Patronato, la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de esta situación. Si el requerimiento al que se refiere el apartado anterior no fuese atendido en el plazo que al efecto se señale, el protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que acuerde, previa audiencia del patronato, la intervención temporal de la fundación. Autorizada judicialmente la intervención de la fundación, el protectorado asumirá todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine el juez. La solicitud y consiguiente intervención temporal de fundaciones se ha producido, en la práctica, en casos recientes.

No se aprecia en el proyecto un análisis de la efectividad de estos medios de reacción y, frente a ellos, se plantea incrementar el número de autorizaciones previas para la realización de determinados actos de las fundaciones, lo que frecuentemente permite al protectorado introducir criterios de oportunidad y no de legalidad, en la denegación u oposición a los acuerdos adoptados por el patronato, así como un régimen sancionador que se analiza en este informe en las propuestas al articulado.

Debe recordarse que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la protección dada por la Constitución al derecho de fundación no está reñida con la figura del protectorado y su acción administrativa (STC 22.3.1988 y STC 29.10.1990), pero que la gestión de las fundaciones pertenece a ellas mismas, sin que pueda producirse una traslación de los poderes de gestión a manos públicas.

Los mecanismos de reacción existen, si bien a través del correspondiente control jurisdiccional, que se prevé como garantía del ejercicio del derecho de fundación.

Control formal y material de la actividad de los protectorados.

El principal control de la actividad fundacional debe producirse a través del procedimiento de rendición anual de cuentas ante el protectorado. Es la adecuada revisión de las cuentas de la fundación la que puede permitir detectar muchos de los incumplimientos de la normativa vigente.

El sistema actual establece numerosas obligaciones de información para las fundaciones y permite al protectorado hacer una revisión formal y también material de las cuentas anuales. Sin embargo, a pesar de estas atribuciones, en la mayoría de los casos dicha revisión es puramente formal. No se ha hecho sin embargo ningún análisis del procedimiento administrativo de revisión material, escasamente regulado y que permite al protectorado, además de incorporar a las cuentas depositadas en el registro las observaciones que considere oportunas, ejercer la acción de responsabilidad frente a los patronos.

De nuevo, frente a este control continuado *ex post* se introducen procedimientos de autorización previa para la realización de actos de disposición por parte del patronato de la fundación.

Régimen sustantivo y fiscal.

El texto propuesto da entrada en la regulación sustantiva a cuestiones que son propiamente fiscales o que tienden a asegurar el cumplimiento de los requisitos de acceso al régimen fiscal especial de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre.

Debe tenerse en cuenta, por un lado, que este régimen fiscal es optativo y, por otro, que tanto la Dirección General de Tributos como la Agencia Tributaria, en el ejercicio de sus respectivas funciones, adoptan criterios propios para delimitar el ámbito de aplicación de dicho régimen especial sin que, en la práctica, la intervención del protectorado represente ningún tipo de garantía al respecto. Fundaciones clasificadas como tales, no cumplen, a juicio de la Administración Tributaria, los requisitos necesarios para ser calificadas como entidades sin fin de lucro desde el punto de vista fiscal, ante requisitos enunciados en términos idénticos en una y otra norma. Sin perjuicio de la falta de sentido de esta situación, se pone de manifiesto que, un régimen sustantivo más rígido, no presupone la aplicación automática de un determi-

nado régimen fiscal, pero además, si desde el punto de vista tributario deben introducirse mayores controles, debe hacerse en la norma fiscal y no en la sustantiva.

Se aprecia en el borrador la intención de limitar la realización de actividades económicas por parte de las fundaciones, entendiendo que algunas de ellas no pueden considerarse realizadas en cumplimiento de fines. Debe tenerse en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia han admitido la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas, siempre relacionadas con el fin fundacional, reconociendo y asentando el concepto de fundación empresa y la fundación con empresa. En definitiva, toda actividad de una organización —como se define a las fundaciones en la propia norma— es actividad económica, independientemente de su forma de financiación. Las fundaciones, como otras organizaciones, están sujetas sin duda a las normas de defensa la competencia. Pero debe desligarse la regulación sustantiva de las actividades económicas de las fundaciones de su régimen fiscal, como se plantea en la exposición de motivos. Primero, porque como han señalado los tribunales, el otorgamiento de beneficios fiscales a determinadas entidades o actividades, no supone por sí mismo una ventaja competitiva, y segundo porque la regulación de las actividades económicas desde el punto de vista fiscal encuentra su propia regulación en dicha normativa. Luego no debe ser la norma sustantiva la que regule la realización de actividades económicas con la vista puesta en la regulación fiscal. Si, en atención a las normas reguladoras de la defensa de la competencia, deben introducirse limitaciones a la aplicación de beneficios fiscales a la actividad económica de las fundaciones, debe hacerse en la normativa fiscal.

También debe señalarse que si una de las razones de la reforma es la adecuación de la figura fundacional al disfrute de unos determinados beneficios fiscales, se hace difícil su valoración sin conocer los términos en los que, previsiblemente, se modificará la ley fiscal, en particular si se produjeran modificaciones del propio sistema de acceso al régimen de incentivos fiscales o de los requisitos que enumera el artículo 3 de la Ley 49/2002, para que una fundación o un asociación de utilidad pública disfrute del régimen especial.

Por último, no debe olvidarse que lo que legitima la figura y la intervención del protectorado no es el disfrute de unos beneficios fiscales, sino velar por que las fundaciones cumplan los fines de interés general para los que se ha creado la fundación, garantizando el cumplimiento de la voluntad del fundador, que queda jurídicamente desligado de la entidad, una vez la ha fundado. En la fundación no existe un «dueño» o socio que pueda vigilar el

adecuado cumplimiento por el órgano de representación de la misión fundacional y al que se rindan cuentas, de ahí que se establezca un control público.

Responsabilidad de los patronos y responsabilidad de la Administración.

Por último, el texto incrementa notablemente el grado de responsabilidad de los patronos y gestores de las fundaciones, lo cual podría entenderse en el marco de una norma fiscal o de subvenciones, pero no en el marco de una norma civil que regula, esencialmente, el funcionamiento de entidades privadas.

Sin embargo, la atribución de esa mayor responsabilidad y la regulación de ciertos estándares de diligencia, no rebaja en absoluto la capacidad de intervención administrativa. Al contrario, no se atenúa la responsabilidad de los patronos teniendo en cuenta que muchos de sus actos han de ser autorizados o supervisados por el protectorado, ni se regulan acciones específicas de reacción de la fundación o resarcimiento frente a los perjuicios que pueda causar la intervención administrativa, más allá de los previstos con carácter general en el ordenamiento jurídico.

ii) Limitaciones al ejercicio del derecho de fundación.

Se introducen en el articulado algunas propuestas que, al contrario de lo que se pretende, representan una limitación del ejercicio del derecho de fundación para fines de interés general. Este derecho está reconocido como un derecho de los ciudadanos en el artículo 34 de la Constitución y, al amparo del artículo 53 del mismo texto, no puede quedar al arbitrio de la Administración.

Reducción de la tutela judicial del derecho de fundación.

En el articulado se recogen algunas modificaciones que representan una pérdida del control jurisdiccional de este derecho, sin que se justifique en la exposición de motivos: se elimina la intervención judicial en la constitución *mortis causa* para que el protectorado otorgue la escritura en caso de que los herederos no cumplan con esta obligación; desaparece también la intervención judicial en el supuesto de nombramiento de patronos por el protectorado, en caso de que éstos no hayan solicitado la inscripción registral transcurrido el plazo previsto desde el otorgamiento de la escritura de constitución;

por último, se contempla la extinción *de pleno derecho* de aquellas fundaciones que entre el 1 de enero de 2003 y la entrada en vigor de la norma, no hayan cumplido con las obligaciones de presentación de cuentas anuales, en cuyo caso el proceso de liquidación será realizado por el protectorado, que podrá decidir el destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación a favor de la Administración pública.

Siendo totalmente deseable que todas las fundaciones sin excepción cumplan con sus obligaciones de rendición de cuentas y que aquellas que no tengan actividad se extingan y liquiden o, al menos, puedan clasificarse como inactivas, no se prevé en este procedimiento la intervención judicial, eliminando por completo la protección que la Constitución y la ley otorgan a la voluntad del fundador y al ejercicio del derecho a fundar.

Requisitos para la constitución de una fundación.

A juicio de esta asociación, el carácter discrecional y no reglado se pone de relieve particularmente en la regulación que se quiere dar al proceso de constitución de fundaciones.

En primer lugar, el borrador eleva el valor que ha de alcanzar la dotación fundacional inicial a 60.000 euros, frente a los 30.000 euros actuales. Sin perjuicio de los criterios de oportunidad que puedan favorecer una medida de este tipo, debe tenerse en cuenta que, aunque la norma se limite a establecer una presunción de suficiencia, que puede ser desvirtuada por los interesados mediante la oportuna justificación de la adecuación y suficiencia de la dotación inicial, en la práctica se deja a la discrecionalidad administrativa el ejercicio del derecho de fundación para fines de interés general, lo que representa una clara limitación de su ejercicio. La actualización del valor de la dotación inicial se deja al desarrollo reglamentario, algo que supone una clara vulneración del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 de la Constitución, cuyo contenido básico ha de desarrollarse por ley.

Sin embargo, no se recoge en el texto del proyecto ninguna nueva medida que contribuya a lograr una mayor patrimonialización de las fundaciones una vez constituidas, sino más bien lo contrario. Por una parte se establece el principio general de que los bienes y derechos que formen parte de la dotación deberán permanecer en el patrimonio de la fundación y no podrán destinarse a la financiación de gastos de la fundación, además de mantenerse la autorización previa para la realización de actos de disposición de la dotación, lo que puede suponer un desincentivo a la constitución de fundaciones con grandes dotaciones.

Por otra parte, no se introduce en el artículo 25 del borrador, referido al destino de rentas e ingresos, ninguna medida que incentive los incrementos posteriores de la dotación fundacional o que, al menos, solvente los problemas de depreciación del valor real de los bienes y derechos que forman parte de la dotación fundacional.

En segundo lugar, se añaden nuevos requisitos a la constitución de fundaciones, obligando a que se presente el primer plan de actuación de la fundación sin esperar a su inscripción, requisito precisamente eliminado de la práctica administrativa después de la ley de 2002 en tanto se establece una presunción de suficiencia de la dotación cuyo valor ascienda a la cantidad fijada legalmente. No puede ser por tanto un requisito constitutivo.

Por último, se establece el plazo de resolución del protectorado en tres meses y se entiende desfavorable la decisión de la Administración en caso de que no se produzca la notificación de la resolución en dicho plazo, contraviniendo el plazo general de dos meses de todos los procedimientos de resolución previstos en la norma y el principio del silencio positivo recogido en el artículo 42 del texto. Todo ello en un procedimiento como es el de constitución, en el que más cautelas debería establecer el legislador para no conculcar el derecho de fundación.

iii) *Carácter reglamentista de la norma.*

El borrador contiene múltiples disposiciones que son propias de un reglamento y no de una norma con rango de ley, al tiempo que contiene numerosas remisiones al futuro desarrollo reglamentario en aspectos que deben estar claramente recogidos en la ley. Todo ello hace que el texto sea complejo, prolijo y, en algunos casos, de suma rigidez.

iv) *Autorregulación.*

El borrador recoge por primera vez determinadas obligaciones de las fundaciones en relación con la transparencia de sus actividades. Son muchas las fundaciones que publican sus cuentas anuales y ofrecen otra información sobre sus actividades y beneficiarios en sus páginas web. La Asociación Española de Fundaciones ha creado el portal web www.fundaciones.es para que todas ellas, asociadas o no, puedan ofrecer toda la información que estimen relevante y ha puesto a disposición de las fundaciones asociadas su propia web para que, aquellas que no dispusieran de ella, publiquen cierta información.

Son cada vez más numerosas las fundaciones que han adoptado, voluntariamente, determinadas prácticas de buen gobierno y transparencia o que han aprobado sus propios códigos y son numerosas las iniciativas de distintas entidades del tercer sector que fomentan y contribuyen a incrementar la transparencia de fundaciones y asociaciones. Sin embargo, obligar por ley a todas las fundaciones a adoptar algunas de estas medidas, sin distinción en cuanto a su dimensión, el origen de sus fondos o forma de financiación, o el ámbito de beneficiarios al que se dirige, puede contribuir únicamente a incrementar sus costes.

No se trata tampoco de una regulación que esté en línea con la recientemente aprobada Ley de Transparencia, que sí que gradúa el régimen de obligaciones de acuerdo con diferente tipo de entidades y situaciones. No debe olvidarse tampoco que, en el ámbito societario, las obligaciones de transparencia se contemplan principalmente para las sociedades cotizadas. Asimismo, otra normativa como la referida a la prevención de blanqueo de capitales o el propio código penal tras la reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya obliga a estas entidades a adoptar medidas y procedimientos que contribuyen a incrementar la transparencia.

Por otra parte debe señalarse que, sin perjuicio de las funciones de publicidad formal y efectos frente a terceros atribuidas al registro de fundaciones, el protectorado se configura también como un órgano de fomento y tiene entre las funciones atribuidas en la ley actual la de dar a conocer la existencia y actividad de las fundaciones. En el actual desarrollo reglamentario se atribuyen en el cumplimiento de esta función, entre otras, las de difundir información general sobre fundaciones que incluya, entre otros datos, los necesarios para la identificación y ubicación de las fundaciones, sus fines estatutarios y las actividades realizadas en su cumplimiento, detallando, cuando sea posible, los usuarios y los recursos empleados; elaborar y publicar, por sí mismo o en colaboración con los protectorados de las comunidades autónomas, directorios de fundaciones; ofrecer datos agregados sobre la realidad social y económica de las fundaciones y sobre las actividades que realizan en cumplimiento de sus fines, proporcionar listados de fundaciones a los interesados que lo soliciten; o promover, en colaboración con las unidades editoras del respectivo departamento, la elaboración de publicaciones sobre los diversos aspectos de la realidad fundacional.

Sin perjuicio del ulterior desarrollo reglamentario, no puede desconocerse esta función que siempre se ha atribuido al protectorado, por lo que desde este órgano deberá promoverse el conocimiento del sector fundacional.

OBSERVACIONES Y PROPUESTAS AL ARTICULADO

ARTÍCULO 2. CONCEPTO.

Propuesta.

1. «Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus **fundadores**, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

2. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley.

~~3. Las fundaciones contarán con los medios personales y materiales adecuados y con la organización idónea para garantizar el cumplimiento de los fines estatutarios».~~

Justificación.

Es más apropiado utilizar el término «fundador» que «creador» en relación con la persona física o jurídica que funda y es el término utilizado en el resto del articulado.

Se trata de una previsión normativa que, ligada a la necesidad de que el protectorado haga una calificación previa, pone de manifiesto el alto grado de intervencionismo que se plantea en el borrador y representa una injerencia desde el punto de vista de la independencia organizativa.

ARTÍCULO 3. FINES Y BENEFICIARIOS.

Propuesta.

Conviene clarificar la letra c) del apartado 3, que prohíbe constituir fundaciones cuya actividad principal esté orientada a «formalizar negocios jurídicos onerosos con los anteriormente citados», es decir, con el fundador, los patronos, cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad o parientes hasta el cuarto grado, o a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

Justificación.

Esta prohibición requiere un mayor grado de concreción para no dar lugar a una actuación excesivamente discrecional. Por ejemplo, bajo esta pro-

hibición podrían encontrarse numerosas fundaciones del sector público, que realizan la mayor de su actividad para la Administración fundadora.

ARTÍCULO 5. DENOMINACIÓN.

Propuesta.

1. «La denominación de las fundaciones se ajustará a las siguientes reglas:

a) Deberá figurar la palabra «Fundación», y no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones.

b) No podrán incluirse términos o expresiones que resulten contrarios a las leyes o que puedan vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

c) No podrá formarse exclusivamente con el nombre de España, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales, ni utilizar el nombre de organismos oficiales o públicos, tanto nacionales como internacionales, salvo que se trate del propio de las entidades fundadoras.

d) La utilización del nombre o seudónimo de una persona física o de la denominación o acrónimo de una persona jurídica distintos del fundador deberá contar con su consentimiento expreso, o, en caso de ser incapaz, con el de su representante legal.

~~En caso de que se quiera utilizar como denominación de una Fundación el nombre de una persona fallecida, será preciso el acuerdo mayoritario de su cónyuge e hijos, en su defecto el de los padres y en último término el de los hermanos.~~

~~No se requerirá autorización para la utilización por las Fundaciones de nombres históricos, entendiéndose por tales aquéllos que correspondieron a personas físicas fallecidas ochenta años antes de la constitución de la Fundación.~~

~~Todo lo anterior se entiende sin perjuicio del derecho de las personas a las que se refiere el artículo 4 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen para reclamar la cesación de las intromisiones y lesiones que se hayan podido producir.~~

e) No podrán adoptarse denominaciones que hagan referencia a actividades que no se correspondan con los fines fundacionales, o induzcan a error o confusión respecto de la naturaleza o actividad de la fundación.

f) Se observarán las prohibiciones y reservas de denominación previstas en la legislación vigente.

2. No se admitirá ninguna denominación que incumpla cualquiera de las reglas establecidas en el apartado anterior, o conste que coincide o se asemeja con la de una entidad preexistente inscrita en otro Registro público, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades públicas o privadas por su legislación específica.

Justificación.

El contenido de los apartados cuya supresión se propone es propio de la norma de desarrollo reglamentario. Conviene además eliminar toda referencia a normas de aplicación general cuya vigencia para las fundaciones se presume y no añaden ninguna especialidad.

ARTÍCULO 7. FUNDACIONES EXTRANJERAS.

Propuesta.

Conviene revisar este artículo y su aplicación a las fundaciones de otros países de la Unión Europea a la vista de los principios de Derecho comunitario.

Justificación.

La regulación contenida en este artículo podría ser contraria al Derecho comunitario, pues podría entenderse como una limitación a la libertad de establecimiento, dado que exige la inscripción registral de fundaciones que han sido constituidas y han obtenido la personalidad jurídica conforme a su ley personal. Se les obliga además a mantener una delegación y a designar un representante en España.

Cuestión distinta es que puedan exigirse determinados requisitos para que estas fundaciones disfruten del régimen fiscal especial, lo que deberá regularse en la correspondiente ley fiscal, pero no en la sustantiva.

ARTÍCULO 8. CAPACIDAD PARA FUNDAR.

Propuesta.

1. Podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas.

2. Las personas físicas requerirán de capacidad para disponer gratuitamente, «inter vivos» o «mortis causa», de los bienes y derechos en que consista la dotación **inicial**.

3. Las personas jurídicas privadas requerirán el acuerdo expreso del órgano competente para disponer gratuitamente de sus bienes, con arreglo a sus Estatutos o a la legislación que les resulte aplicable.

4. Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

Justificación.

Mejora técnica.

ARTÍCULO 9. MODALIDADES DE CONSTITUCIÓN.

Propuesta.

1. La fundación podrá constituirse por actos «inter vivos» o «mortis causa».

2. La constitución de la fundación por acto «inter vivos» se realizará mediante escritura pública, con el contenido que determina el artículo siguiente.

3. La constitución de la fundación por acto «mortis causa» se realizará testamentariamente, cumpliéndose en el testamento los requisitos establecidos en el artículo siguiente para la escritura de constitución.

4. Si en la constitución de una fundación por acto «mortis causa» el testador se hubiera limitado a establecer su voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos exigidos por esta ley se otorgará por el albacea testamentario, **quien estará facultado para interpretar la voluntad del testador** y, en su defecto, por los herederos testamentarios.

En caso de que éstos no existieran, o incumplieran esta obligación, la escritura se otorgará por el Protectorado, **previa autorización judicial**.

Justificación.

Conviene atribuir expresamente al albacea la facultad de interpretar e integrar la voluntad del testador en relación con su voluntad de crear una fundación.

Por otra parte se considera necesario introducir, de nuevo, por las razones expresadas en las observaciones generales, la intervención judicial para el otorgamiento de escritura, previsto en la ley actual, considerada como garantía del correcto ejercicio del derecho de fundación.

ARTÍCULO 11. ESTATUTOS.

Propuesta.

1. En los Estatutos de la fundación se hará constar:
 - a) La denominación de la entidad.
 - b) Los fines fundacionales, ~~que habrán de constar de manera concreta y determinada, así como las actividades que se desarrollarán con el fin de dar cumplimiento a los mismos.~~
 - c) El domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que desarrollará principalmente sus actividades.
 - d) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.
 - e) La composición del Patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.
 - f) Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que el fundador o fundadores tengan a bien establecer».

[Resto del artículo igual].

Justificación.

La exigencia de concreción y determinación de las actividades fundacionales otorga un enorme grado de discrecionalidad al protectorado. En la práctica, las fundaciones recogen las actividades que van a desarrollar en sus estatutos sin que la legislación actual represente ningún obstáculo ni inconveniente.

ARTÍCULO 12. DOTACIÓN.

Propuesta.

1. La dotación inicial, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para generar los recursos que

garanticen el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los **30.000 euros**. ~~Reglamentariamente se establecerán los criterios de actualización de esta cantidad.~~

Si la aportación es dineraria, podrá efectuarse en forma sucesiva. En tal caso, el desembolso inicial será, al menos, del 25 por 100, y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación. Reglamentariamente se desarrollarán las garantías que deberán otorgarse al desembolso sucesivo.

Si la aportación no es dineraria, deberá incorporarse a la escritura de constitución tasación realizada por un experto independiente.

Cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer plan de actuación, junto con un estudio económico que permita contrastar que la dotación y los medios de financiación previstos son suficientes para garantizar el cumplimiento de los fines fundacionales.

2. Formarán también parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto **por el fundador, por terceros o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales. Estos bienes deberán ser adecuados para el cumplimiento de sus fines.**

~~3. Los bienes que formen parte de la dotación serán aportados por el fundador o por un tercero.~~

4. La realidad de las aportaciones deberá acreditarse ante el notario autorizante, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

5. **Se aceptará como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que dicha obligación conste en títulos de los que llevan aparejada ejecución.** En ningún caso se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos.

~~6. Los bienes y derechos que formen parte de la dotación deberán permanecer en el patrimonio de la fundación y no podrán destinarse a la financiación de gastos de la fundación.~~

~~Su enajenación, gravamen o sustitución por otro bien, requerirá autorización del Protectorado en los términos previstos en la Ley y la normativa de desarrollo.~~

Justificación.

Se ha señalado en las observaciones generales que establecer y, en este caso elevar, la cuantía de la dotación inicial, puede representar una limitación del ejercicio del derecho reconocido en el artículo 34 de la Constitución.

La fijación de una cuantía mínima como dotación fundacional inicial fue ya uno de los aspectos más controvertidos de la Ley 50/2002, por lo que se propone mantener la regulación actual. Tal y como se expuso en el proceso de elaboración de dicha norma, establecer una presunción de suficiencia otorga una mayor seguridad jurídica, pues lo contrario otorgaba una mayor discrecionalidad a los protectorados, pero establecer una cuantía elevada supondría, con toda probabilidad, que gran número de iniciativas de interés general no puedan articularse como fundaciones ante la imposibilidad de disponer de tal cantidad.

La posibilidad de alcanzar fines de interés general se ve, de esta forma, muy limitada, ya que gran número de fundaciones que no disponen, en el momento de su constitución, de cuantiosos recursos, sí los allegan posteriormente y cuentan con apoyos y proyectos que, pudiendo ser poco costosos, tienen una gran efectividad en el cumplimiento de sus fines. En este mismo sentido, tampoco parece adecuado eliminar la posibilidad del desembolso sucesivo. Como consecuencia de todo ello, se propone mantener la regulación actual.

Se proponen además algunas mejoras técnicas, unificando en un mismo párrafo la regulación de las aportaciones destinadas a incrementar la dotación inicial, añadiendo la posibilidad de que el incremento de la dotación provenga de la propia aplicación de los recursos de la fundación, una vez cumplido el destino de rentas e ingresos, y en coherencia con las propuestas que se hacen al artículo 25 del borrador.

Por último se propone eliminar la prohibición de destinar la dotación fundacional a la financiación de gastos de la fundación. Primero, porque conforme a la actual redacción podría entenderse que no pueden gravarse los bienes y derechos de la dotación fundacional para obtener financiación ajena. En segundo lugar porque, en la práctica, muchas fundaciones con dotaciones elevadas se han visto en la situación de tener que instar la extinción y liquidación de la fundación, destinando íntegramente la dotación a otra fundación, cuando con ella podrían haber continuado durante algún tiempo cumpliendo la voluntad fundacional utilizando dichos recursos de acuerdo con un plan económico de viabilidad para, posteriormente, extinguir y liquidar la fundación. Tampoco permitiría a algunas fundaciones salir de una situación económica transitoria adversa. Por el contrario, tal y como se señala

a propósito de otro artículo, sería más conveniente, en todo caso, regular en qué supuestos ha de entenderse que se produce una reducción grave de los fondos propios y cuáles son las consecuencias patrimoniales que de ello se derivan. Como también se ha señalado, con esta prohibición se puede lograr el efecto contrario y desincentivar los aumentos posteriores de la dotación.

El artículo 20 del borrador ya establece la necesidad de autorización previa para disponer de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, por lo que, en caso de mantenerse, no parece necesario incluir en este artículo una nueva mención.

ARTÍCULO 13. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN.

Propuesta.

1. El fundador o, en su caso, las personas indicadas en el apartado 9.4 de esta ley, solicitarán del Protectorado la expedición de la resolución relativa a la idoneidad de los fines y actividades, así como de la suficiencia y adecuación de la dotación de la fundación en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los artículos 2, 3, 12 y 33 de la presente ley.

La solicitud deberá ir acompañada de los estatutos de la fundación, la documentación que acredite la composición inicial de la dotación, **y su forma de desembolso y el primer plan de actuación de la fundación.**

2. El Protectorado dictará resolución en el plazo máximo de tres meses, entendiéndose **favorable** si transcurrido dicho plazo la misma no hubiese sido notificada.

No será posible el otorgamiento de la escritura pública de constitución sin la previa resolución favorable del Protectorado, la cual tendrá una vigencia de tres meses desde la fecha en que fuera dictada, período durante el que los interesados podrán solicitar ante Notario el otorgamiento de la escritura.

3. Otorgada la escritura fundacional, el Notario, sin perjuicio de la copia o copias autorizadas que entregue a los interesados, remitirá una copia simple al Protectorado en el mes siguiente al otorgamiento.

4. Los interesados deberán solicitar la inscripción de la Fundación en el Registro de Fundaciones dentro del mes siguiente a la fecha de otorgamiento de la escritura fundacional.

A la solicitud de inscripción deberá acompañarse la escritura de constitución y en su caso el testamento donde conste la voluntad fundacional.

5. Recibida la documentación a que se refiere el apartado anterior, el Registrador, en el plazo de quince días, calificará los documentos presentados y practicará en su caso la inscripción solicitada.

El Registrador comunicará **inmediatamente** la inscripción de la fundación a los interesados y al Protectorado.

6. En tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones, el Patronato de la fundación realizará, además de los actos necesarios para la inscripción, únicamente aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales se entenderán automáticamente asumidos por ésta cuando obtenga personalidad jurídica.

7. Transcurridos tres meses desde el otorgamiento de la escritura fundacional sin que se hubiere instado la inscripción en el Registro de Fundaciones, el Protectorado procederá a cesar a los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción.

Asimismo, el fundador o en su defecto el Protectorado, procederán a nombrar nuevos patronos, **previa autorización judicial**, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el Registro de Fundaciones.

Justificación.

Se ha señalado antes que el requisito de presentar el primer plan de actuación de la fundación sin esperar a su inscripción ya fue eliminado de la práctica administrativa tras la ley de 2002, por entender que al establecerse una presunción de suficiencia de la dotación cuyo valor ascienda a la cantidad fijada legalmente, no pueden exigirse otros requisitos adicionales. No puede ser por tanto un requisito constitutivo. El primer plan de actuación se exigirá una vez que la fundación haya sido inscrita y haya adquirido personalidad jurídica.

El artículo 42.2 establece con carácter general el silencio positivo para todos los procedimientos, por lo que no debe desvirtuarse a propósito del procedimiento de inscripción. Además, se trata de una propuesta acorde con la reforma de la Comisión General de Codificación, Sección especial para la revisión del sistema de protectorado e inscripción de las Fundaciones, que propuso el silencio positivo en el procedimiento de inscripción.

ARTÍCULO 14. PATRONATO.

Propuesta.

1. En toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, de naturaleza colegiada, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos.

2. 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.

3. El Patronato estará constituido por un mínimo de tres miembros, que elegirán entre ellos un Presidente, si no estuviera prevista de otro modo la designación del mismo en la escritura de constitución o en los Estatutos.

Asimismo, el Patronato deberá nombrar un Secretario, cargo que podrá recaer en una persona ajena a aquél, en cuyo caso tendrá voz pero no voto, y a quien corresponderá la certificación de los acuerdos del Patronato.

~~Los cargos de Presidente y Secretario no podrán ejercerse por una misma persona.~~

4. Podrán ser miembros del Patronato las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos.

Las personas jurídicas podrán formar parte del Patronato, y deberán designar a la persona o personas físicas que las representen en los términos establecidos en los Estatutos.

~~El desempeño del cargo de patrono no podrá simultanearse con la condición de representante de una persona jurídica que haya sido designado patrono de la misma fundación.~~

~~Una persona física no podrá ejercer la representación de más de una persona jurídica en el mismo Patronato.~~

5. El cargo de patrono que recaiga en persona física deberá ejercerse personalmente. No obstante, podrá actuar en su nombre y representación otro patrono por él designado. Esta actuación será siempre para actos concretos y deberá ajustarse a las instrucciones que, en su caso, el representado formule por escrito.

Podrá actuar en nombre de quien fuera llamado a ejercer la función de patrono por razón del cargo que ocupare, la persona a quien corresponda su sustitución.

6. Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados en el ejercicio de su función.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, y salvo que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, el Patronato podrá fijar una retribución adecuada a aquellos patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato.

La asignación de retribución será objeto de ~~previa autorización o~~ comunicación al Protectorado ~~en los supuestos y en la forma que legal y reglamentariamente se determinen.~~

Justificación.

Resulta conveniente aliviar el contenido de este artículo que resulta excesivamente reglamentista, eliminando aquellas cuestiones que son propias del desarrollo reglamentario posterior.

Se considera, con carácter general, que debe sustituirse el régimen de autorizaciones previas por el de comunicaciones o declaraciones responsables, reservándose el protectorado la facultad de ejercer la correspondiente acción de responsabilidad en aquellos casos en los que las actuaciones de los patronos resultaran lesivas para la fundación.

ARTÍCULO 15. ACEPTACIÓN, CESE Y SUSPENSIÓN DEL CARGO DE PATRONO.

Propuesta.

1. Los patronos entrarán a ejercer sus funciones después de haber aceptado expresamente el cargo en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones. La aceptación podrá realizarse también mediante la utilización de los medios electrónicos que permitan acreditar la personalidad del interesado.

Asimismo, la aceptación se podrá llevar a cabo ante el Patronato, acreditándose a través de certificación expedida por el Secretario, con firma legi-

timada notarialmente o mediante la utilización de los medios electrónicos que permitan acreditar la personalidad del Secretario.

En todo caso, la aceptación se inscribirá en el Registro de Fundaciones.

2. La sustitución de los patronos se producirá en la forma prevista en los Estatutos. Cuando ello no fuere posible, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de esta ley, ~~quedando facultado el Protectorado, hasta que la modificación estatutaria se produzca, para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el Patronato.~~

~~También tendrá el Protectorado atribuida la facultad de designación de nuevos miembros del Patronato en el supuesto de que el número de patronos inscritos fuese inferior al mínimo previsto legal o estatutariamente.~~

El protectorado quedará facultado para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el patronato, en aquellos casos en los que el número de patronos inscritos fuese inferior al mínimo legal. En ambos casos la designación se realizará a propuesta de los miembros del Patronato de la Fundación **o del fundador.**

3. El cese de los patronos de una fundación se producirá en los supuestos siguientes:

- a) Por muerte o declaración de fallecimiento, así como por extinción de la persona jurídica.
- b) Por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley.
- c) Por cese en el cargo por razón del cual fueron nombrados miembros del Patronato.
- d) Por no desempeñar el cargo con la diligencia prevista en el apartado 1 del artículo anterior, si así se declara en resolución judicial.
- e) Por resolución judicial que acoja la acción de responsabilidad por los actos mencionados en el apartado 2 del artículo 17.
- f) Por el transcurso del plazo de tres meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el Registro de Fundaciones.
- g) Por el transcurso del período de su mandato si fueron nombrados por un determinado tiempo.

h) Por renuncia, que podrá llevarse a cabo por cualquiera de los medios y mediante los trámites previstos para la aceptación.

i) Por las causas establecidas válidamente para el cese en los Estatutos y en la presente ley.

~~En ningún caso se considerará causa válida el mero acuerdo del fundador o del Patronato para cesar a uno de sus miembros.~~

4. La suspensión de los patronos podrá ser acordada cautelarmente por el juez cuando se entable contra ellos la acción de responsabilidad.

5. La sustitución, el cese y la suspensión de los patronos se inscribirán en el Registro de Fundaciones.

Justificación.

Para respetar la autonomía de las fundaciones, la intervención del protectorado en el nombramiento de patronos sólo debería producirse cuando no exista un mínimo de tres patronos y no se den por tanto los requisitos necesarios para la formación de la voluntad del órgano colegiado. En todos los demás casos, el patronato podrá adoptar acuerdos como tal órgano colegiado y, de acuerdo con la voluntad del fundador, podrá proceder a la modificación estatutaria o al nombramiento de los restantes patronos. El protectorado podrá, en su caso, oponerse a la modificación estatutaria o al nombramiento de nuevos patronos, por razones de legalidad. Lo contrario puede dar lugar a la injerencia del protectorado.

No considerar como causa válida para el cese el acuerdo del fundador y, sobre todo, del patronato, *a priori* y con carácter general, carece de lógica. Por otra parte, si debe existir una causa, debe existir un motivo o razón para el cese. Sin embargo, dejar al criterio del protectorado lo que debe entenderse por «mero acuerdo» puede conducir a un criterio discrecional.

ARTÍCULO 17. BUEN GOBIERNO Y RESPONSABILIDAD.

Propuesta.

Se propone la revisión de este artículo.

Justificación.

La propuesta de incluir un artículo dedicado al buen gobierno de las fundaciones, unido al régimen de responsabilidad de los patronos merece

todos los parabienes. Sin embargo, se trata de un artículo técnicamente muy mejorable.

En primer lugar porque contiene los principios que deben regir la actividad individual de los patronos cuando en muchos casos se trata de principios que deben regir la actividad del patronato en su conjunto, como órgano colegiado. En la práctica, algunos de estos principios ya están recogidos en el artículo 23 de la Ley 50/2002, en referencia a los principios de actuación de la fundación.

Además, en algunos aspectos contiene obligaciones excesivamente genéricas lo que hace difícilmente valorable el alcance de sus efectos. Por ejemplo, se señala que los patronos actuarán con «transparencia en la gestión», siendo esta una obligación más propia de la fundación, como institución, que de los patronos individualmente, aunque como toda persona jurídica deba valerse de personas físicas para actuar. O se señala que deberán abstenerse de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa «que pueda afectar a su objetividad», o «poner en riesgo el interés, el patrimonio o la imagen que debe tener la sociedad respecto de la fundación», lo cual resulta excesivamente amplio y puede dar lugar a muy diversas interpretaciones. Máxime si todos estos principios informarán la interpretación y aplicación del régimen sancionador, lo que vulneraría, como se señala más adelante los principios que deben informar la potestad sancionadora.

En todo caso debería eliminarse el apartado cuarto, pues como se ha señalado antes, conviene eliminar toda referencia a normas de aplicación general cuya vigencia para las fundaciones se presume y no añaden ninguna especialidad. Lo contrario podría inducir a pensar que existe una responsabilidad directa de los patronos frente a los acreedores.

ARTÍCULO 20. ACTOS DE DISPOSICIÓN.

Propuesta.

1. Los actos de disposición de los bienes y derechos que forman parte de la dotación **se comunicarán al Protectorado, en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su formalización.**

2. Los actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación, cuyo importe sea superior al 25 por 100 del activo de la fundación que resulte del balance del último ejercicio, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su **formalización.**

El Protectorado podrá ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos cuando los acuerdos del Patronato fueran **dolosa o culpablemente** lesivos para la fundación en los términos previstos en la Ley.

3. Los actos jurídicos relativos a los bienes y derechos que formen parte de la dotación se inscribirán en el Registro de fundaciones. Del mismo modo, se inscribirán en el Registro de la Propiedad o en el Registro público que corresponda por razón del objeto, y se reflejarán en el Libro Inventario de la fundación, ~~practicándose anotación preventiva de la prohibición de disponer de dichos bienes sin autorización del protectorado.~~

Justificación.

La modificación que proponemos tiene por objeto ampliar las facultades de un patronato diligente, evitar las demoras de las autorizaciones del protectorado en casos de enajenación urgente y, en definitiva, consagrar el hecho de que los patronatos suelen tener mejores elementos de juicio que los protectorados a la hora de decidir lo más conveniente para la fundación en cuanto a la enajenación de sus activos, que en todo caso ha de reflejarse en las rendiciones de cuentas.

ARTÍCULO 21. HERENCIAS Y DONACIONES.

Propuesta.

1. La aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario.

Los patronos serán responsables frente a la fundación de la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el artículo 1024 del Código Civil.

2. La aceptación de legados con cargas **de cualquier tipo** o la de donaciones onerosas, remuneratorias **o modales, cuando el modo impuesto no sea propio de las finalidades de la fundación**, y la repudiación de herencias, donaciones o legados **puros**, será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los treinta días hábiles siguientes, pudiendo éste ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación, en los términos previstos en esta ley.

Justificación.

Parece necesario hacer referencia también a las donaciones modales, es decir, a aquellas en que se impone al donatario el cumplimiento de una obligación accesoria que, aun no siendo forzosamente susceptible de restar valor económico a la donación efectuada, puede resultar contraria al cumplimiento de las finalidades de la fundación.

ARTÍCULO 22. CUMPLIMIENTO DE FINES Y TRANSPARENCIA.

Propuesta.

1. Las fundaciones están obligadas a cumplir los fines para los cuales han sido constituidas, destinando a tal efecto su patrimonio, de acuerdo con la presente ley y los Estatutos de la fundación.

2. Las fundaciones están obligadas a dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados, **así como información sobre el patrimonio y la situación económica y financiera de la fundación de conformidad con lo establecido en esta Ley y en la normativa contable que le sea aplicable.**

~~3. Con el fin de garantizar la transparencia de su actividad, las fundaciones deberán disponer de una página web en la que se publicará, al menos, la siguiente información:~~

~~a) Las actividades previstas y desarrolladas en cumplimiento de sus fines.~~

~~b) Los estados financieros e informes de auditoría, en el caso en que tuvieran obligación de someter a auditoría externa sus cuentas anuales.~~

~~c) El perfil y cargos del patronato y la identidad de los ejecutivos y responsables de cada una de las áreas de actuación.~~

~~4. Las fundaciones deberán impulsar la aprobación y difusión de sus propios códigos de buen gobierno.~~

Justificación.

Como se ha señalado en las observaciones fundamentales, se valora positivamente el objetivo de incrementar la transparencia del sector fundacional.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esa misión debe corresponder no únicamente a las fundaciones sino a la propia Administración, que puede contribuir a dar publicidad a las actividades, estados financieros y composición de los órganos de gobierno de estas organizaciones, algo que ya han puesto en práctica algunos protectorados. Toda la información que se recoge en el apartado 3, salvo la relativa al perfil de los patronos y la identidad de los ejecutivos, si no son apoderados, la tienen los protectorados. Todo ello sin perjuicio de la publicidad que puede obtenerse a través del Registro de Fundaciones.

La Asociación Española de Fundaciones ha promovido y mantiene el portal *www.fundaciones.es* con información básica de todas las fundaciones y ha establecido como obligación de sus fundaciones asociadas la publicación de sus cuentas en la página web, pero poniendo a disposición de ellas la propia web de la AEF para que puedan hacerlo, pues de acuerdo con los datos del INAEF, en el año 2009, sólo el 32,99% de las fundaciones españolas disponían de web propia.

Por último y como se ha señalado, la Asociación Española de Fundaciones ha recomendado a todas las fundaciones asociadas mediante un acuerdo de su asamblea general, que con el propósito de mejorar en su gestión, actuar con mayor transparencia y comunicarse más eficazmente con la sociedad, consideren la oportunidad de regular su buen gobierno y buenas prácticas, sin que para ello sea necesario la adopción *stricto sensu* de un código de buen gobierno, pudiendo contar con procedimientos internos, acuerdos, o códigos parciales que regulen esas buenas prácticas.

ARTÍCULO 23. ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN.

Propuesta.

1. Las fundaciones podrán desarrollar **de forma directa y para el cumplimiento de sus fines cualquier actividad económica que suponga la obtención de ingresos, siempre y cuando esté relacionada con dichos fines, o sea complementaria o accesoria de los mismos.**

~~Las fundaciones podrán desarrollar actividades propias y actividades mercantiles, las primeras en cumplimiento de fines y las segundas como fuentes de financiación.~~

2. En las actividades económicas realizadas los ingresos obtenidos en su caso podrán cubrir total o parcialmente los costes de su realización, lo que no debe implicar una limitación injustificada de los

beneficiarios, o incluso superar dichos costes, en cuyo caso se someterá a las normas reguladoras de la defensa de la competencia. Los ingresos obtenidos en cualquier actividad serán destinados a los fines fundacionales con arreglo a lo previsto en el artículo 25 de esta Ley.

~~Se entiende por actividad propia la realizada por la fundación para el cumplimiento de sus fines y no orientada a la obtención de beneficios, con independencia de que se realice de forma gratuita o mediante contraprestación para compensar gastos.~~

~~Se entiende por actividad mercantil la realizada por la fundación, orientada a la obtención de beneficios, cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sea complementaria o accesoria de los mismos, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia.~~

3. Las fundaciones podrán participar en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales. Cuando esta participación sea mayoritaria deberán dar cuenta al Protectorado en cuanto dicha circunstancia se produzca.

4. Si la fundación recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades en las que deba responder personalmente de las deudas sociales, deberá enajenar dicha participación salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en las que quede limitada la responsabilidad de la fundación.

~~5. No podrá entenderse que las actividades de la fundación se realizan en cumplimiento de fines cuando consistan en la realización de actividades mercantiles realizadas por la fundación o por sociedades mercantiles o la adquisición de participaciones de capital y operaciones realizadas en el mercado financiero.~~

6. Las fundaciones podrán realizar actividades económicas en colaboración con otras entidades, mercantiles o no, y mediante cualquier negocio jurídico siempre y cuando dicha actividad sea en cumplimiento de fines o tenga relación con los mismos o sea complementaria o accesoria de aquellos y los ingresos obtenidos en la misma se destinen a los fines fundacionales en virtud de lo establecido en el artículo 25 de esta Ley.

Justificación.

El borrador presentado parte de la concepción de la ausencia de ánimo de lucro en sentido objetivo y no subjetivo. La caracterización de las entidades sin fin de lucro en el ámbito civil, está constituida por el artículo 1665 del Código Civil, que establece: «*La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias*». A partir del concepto de *sociedad* se ha entendido que lo que caracteriza al ánimo de lucro no es la mera obtención de rentas, cualquiera que sea su origen, sino su obtención con el fin de repartirlas.

Conforme a esta concepción, admitida tradicionalmente, la distinción que hace este artículo entre actividades propias y mercantiles no tiene mayor trascendencia práctica, salvo a efectos de contabilización, pero sí cuando señala que las actividades mercantiles no podrán considerarse realizadas en cumplimiento de fines, cuando lo relevante no es si existe o no un beneficio, sino que no hay un lucro repartible, ni directa ni indirectamente.

Como se ha señalado en las observaciones generales, las fundaciones, por el mero hecho de ser tales, no disfrutan de beneficios fiscales y, en todo caso, el tratamiento de las actividades económicas desde el punto de vista fiscal deberá realizarse en la norma correspondiente.

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

No puede desconocerse que la participación de la fundación en sociedades mercantiles se produce, no sólo como forma de obtener financiación o como forma de realización de actividades económicas en el caso que no coincidan con el fin fundacional, sino como forma de realización del fin fundacional: centros especiales de empleo, empresas de inserción, empresas de base tecnológica, etc., y son las formas de colaborar con otras iniciativas y actores sociales. La regulación que se pretende está alejada de la realidad en lo que la adquisición de participaciones en sociedades de capital se refiere, obviando realidades como el apoyo que el sector fundacional está realizando a los emprendedores.

Asimismo debiera reconocerse la posibilidad de las fundaciones de participar en UTEs y AIE, dado que se trata de formas de colaboración muy extendidas en algunos ámbitos como el de los servicios sociales —para acu-

dir a concursos públicos— o en el ámbito de la investigación, campo en el que las fundaciones están invirtiendo muchos recursos. Se llega a dar la paradoja de que la Ley de la Ciencia reconozca a las fundaciones como parte del sistema español de ciencia y tecnología, se reconozca también la idoneidad de las UTEs para la realización de actividades de investigación, y se limite a las fundaciones la participación en las mismas por la normativa sectorial de fundaciones.

ARTICULO 24. CONTABILIDAD, AUDITORÍA Y PLAN DE ACTUACIÓN.

Propuesta.

1. Las fundaciones deberán llevar una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad, que permita un seguimiento cronológico de las operaciones realizadas. Para ello llevarán necesariamente un Libro Diario y un Libro ~~Inventario~~ **y** de Cuentas Anuales.

2. El Presidente, o la persona que conforme a los Estatutos de la fundación o al acuerdo adoptado por sus órganos de gobierno corresponda, formulará las cuentas anuales, que deberán ser aprobadas en el plazo máximo de seis meses desde el cierre del ejercicio por el Patronato de la fundación.

Las cuentas anuales deben ser redactadas con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación. Aquéllas comprenden el balance, la cuenta de resultados; **y** la memoria, ~~así como el resto de documentos que establezca el Plan de Contabilidad que sea de aplicación.~~

La memoria, además de completar, ampliar y comentar la información contenida en el balance y en la cuenta de resultados, incluirá las actividades fundacionales indicando los recursos empleados, su procedencia y el número de beneficiarios en cada una de ellas, los convenios llevados a cabo con otras entidades para estos fines, el grado de cumplimiento del plan de actuación y el destino de rentas e ingresos en los términos establecidos en el artículo 25.

También incluirá los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación, ~~las retribuciones percibidas por estos y los negocios jurídicos llevados a cabo entre la Fundación y los anteriormente mencionados.~~

3. Existe obligación de someter a auditoría externa las cuentas anuales de todas las fundaciones en las que, a fecha de cierre del ejercicio, concurren al menos dos de las circunstancias siguientes:

- a) Que el total de las partidas del activo supere 2.400.000 euros.
- b) Que el importe neto de su volumen anual de ingresos **recogidos en el tramo de actividad del excedente de su cuenta de resultados por la actividad propia más, en su caso, el de cifra de negocios de su actividad mercantil** sea superior a ~~2.400.000~~ **3.000.000** euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 50.

En el primer ejercicio económico desde su constitución o fusión, las fundaciones cumplirán lo dispuesto en este apartado si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias que se señalan.

En los sucesivos ejercicios económicos, cuando una fundación, en la fecha de cierre del ejercicio, cumpla dos de las circunstancias enumeradas en este apartado, o bien cese de cumplirlas, tal situación únicamente producirá efectos en cuanto a lo señalado, si se repite en el ejercicio anterior.

La auditoría se contratará y realizará de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente en materia de auditoría de cuentas.

4. También deberán someterse a auditoría externa aquellas fundaciones que reciban ayudas o subvenciones públicas **por cuantía igual o superior a 100.000 euros en función de los límites y condiciones establecidos en la ley de auditoría de cuentas.**

5. Las cuentas anuales se aprobarán por el Patronato de la fundación y se presentarán en el Registro de fundaciones dentro de los quince días hábiles siguientes a su aprobación. En su caso, se acompañarán del informe de auditoría.

Una vez comprobada su adecuación formal a la normativa vigente y especialmente lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, se procederá a su depósito.

Simultáneamente el Registro informará al Protectorado de tal circunstancia, trasladando en el mismo acto toda la información necesaria para que éste, en cumplimiento de las funciones que tiene atribuidas, pueda realizar la comprobación material de las cuentas anuales depositadas. El Protectorado podrá requerir al Patronato de la fundación información y documentación complementaria al objeto de clarificar o comprobar la información aportada.

6. Las fundaciones deberán formular cuentas anuales consolidadas cuando se encuentren en cualquiera de los supuestos previstos para la sociedad dominante en el Código de Comercio.

7. El Patronato aprobará y presentará en el Registro de fundaciones, en los últimos tres meses de cada ejercicio, un plan de actuación, en el que quedarán reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente.

Una vez comprobada su adecuación formal a la normativa vigente, se procederá a su depósito.

Simultáneamente, el Registro informará al Protectorado de tal circunstancia, trasladando en el mismo acto toda la información necesaria para que éste pueda dar cumplimiento a las funciones que tiene atribuidas.

8. Si como resultado de las comprobaciones llevadas a cabo por el Protectorado, fuera necesario realizar alguna observación o modificación en las cuentas anuales y en los planes de actuación ya depositados, el Protectorado lo comunicará al Registro de Fundaciones para su constancia e incorporación al mismo.

9. Al objeto de garantizar el ejercicio de las funciones que esta ley atribuye al Protectorado, se podrá establecer la obligación de elaboración de cuentas anuales y planes de actuación mediante el correspondiente procedimiento electrónico para su posterior presentación en el Registro.

10. Sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los miembros del Patronato, el incumplimiento del deber de presentación de cuentas o planes anuales impedirá la inscripción en el registro de fundaciones de los actos y documentos de la fundación que reglamentariamente se establezcan.

11. Anualmente el Protectorado remitirá al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la relación nominal de las fundaciones que no tienen depositadas las cuentas anuales. A estos efectos, el Registro de Fundaciones remitirá dicha relación al Protectorado dentro del primer mes de cada año.

12. Las fundaciones podrán formular sus cuentas anuales en los modelos abreviados cuando cumplan los límites establecidos al respecto para las sociedades mercantiles.

Justificación.

El patrimonio de la fundación se muestra a través del balance con un desarrollo en la memoria, en la que se describen los bienes, derechos y obligaciones, su valoración y otras circunstancias, por lo que la presentación de esa información de nuevo en el inventario resulta repetitiva.

El plan de contabilidad tiene como objetivo establecer normas contables y modelos de cuentas anuales para la llevanza de la contabilidad y la formulación de las cuentas anuales, pero las cuentas anuales obligatorias deben ser exclusivamente las establecidas por la norma sustantiva.

En referencia a la auditoría, en el límite de los ingresos se añaden aquellos que la fundación obtenga por cualquier concepto, salvo los ingresos financieros. Al aumentar el concepto de ingresos es conveniente también aumentar su importe.

La ley de auditoría de cuentas establece la obligación de auditar las cuentas de aquellas entidades, con independencia de su forma jurídica, que reciban subvenciones u otras ayudas de las administraciones públicas por un importe determinado (actualmente 600.000 euros).

Debe incluirse la posibilidad de formular cuentas anuales abreviadas.

ARTÍCULO 25. DESTINO DE INGRESOS.

Propuesta.

1. Las fundaciones tienen la obligación de destinar a la realización de los fines previstos en sus estatutos, al menos un 70 por 100 de los ingresos del excedente de la cuenta de resultados, **menos los gastos contables del excedente que no se consideren destino efectivo de rentas y hayan sido necesarios para la obtención de los ingresos, que obtengan por cualquier concepto, deducidos los gastos derivados de sus actividades mercantiles.**

El plazo para el cumplimiento de esta obligación será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los respectivos ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio.

~~2. En el supuesto de que la actividad mercantil desarrollada hubiera sido deficitaria, no se computarán ni los ingresos ni los gastos por ella generados.~~

3. A los efectos de lo señalado en este artículo, no se incluirán como ingreso el **beneficio** procedente de la enajenación de bienes y derechos integrantes de la dotación fundacional, ni los de la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle **sus actividades propia**, siempre que el importe obtenido en la transmisión se reinvierta, en bienes inmuebles destinados **a las mismas al mismo fin. No obstante, el Protectorado podrá autorizar que el importe de la citada transmisión**

se reinvierta en bienes y derechos de otra naturaleza o se destine a la realización de las actividades propias del objeto fundacional. Las condiciones de reinversión se desarrollarán reglamentariamente.

4. Adicionalmente se incluirá como ingreso el resultado positivo contabilizado directamente en el patrimonio neto como consecuencia de cambios en los criterios contables o la subsanación de errores.

5. Se considerará destinado a los fines fundacionales: ~~el importe de los gastos de las actividades propias realizadas por la fundación excepto las dotaciones a las amortizaciones y las pérdidas por deterioro del inmovilizado, así como las inversiones realizadas en cada ejercicio directamente relacionadas con las actividades propias que efectivamente hayan contribuido al cumplimiento de los fines propios de la fundación.~~

— La totalidad de gastos contables que se hayan producido en cumplimiento de los fines fundacionales y que integran el excedente de la cuenta de resultados de la fundación, excluyendo las amortizaciones y deterioros de valor de los bienes de inmovilizado material o intangible que se hayan considerado destino efectivo de ingresos.

— El resultado negativo contabilizado directamente en el patrimonio neto como consecuencia de cambios en los criterios contables o la subsanación de errores, siempre que provenga de un gasto o inversión en cumplimiento de los fines.

— El valor inicial de las inversiones en inmovilizado material o intangible que hayan sido adquiridas de forma onerosa para destinarlas a la realización de fines fundacionales fijados en sus estatutos.

— El valor inicial de las inversiones financieras realizadas con carácter permanente que hayan sido adquiridas de forma onerosa y cuyos rendimientos se destinen a la realización de fines fundacionales.

6. ~~En todo caso deberá existir una adecuada proporcionalidad entre los recursos empleados, las actividades realizadas y los fines conseguidos.~~ El Protectorado podrá solicitar del Patronato la información necesaria para valorar dicha adecuación en relación con el cumplimiento del destino de ingresos.

7. Se podrá realizar un ajuste para paliar el efecto de la inflación sobre la dotación fundacional, disminuyendo la cuantía final a des-

tinar. Dicho ajuste supondrá un menor ingreso a computar y el cálculo de su importe se establecerá reglamentariamente.

8. El excedente positivo de la cuenta de resultados deberá ser distribuido al ejercicio siguiente, y destinado a eliminar excedentes negativos de ejercicios anteriores si los hubiera, o bien a reservas o dotación fundacional en función de lo que determine el Patronato en la aprobación de las cuentas anuales.

9. El Protectorado remitirá al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la información relativa a las fundaciones que no hayan dado cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.

Justificación.

La consideración homogénea de todas las actividades realizadas por la fundación exige un cambio sustancial en el mecanismo de cálculo del destino de ingresos proponiéndose una mayor correlación con los conceptos contables.

Se parte de los ingresos contables, a los que se les restará aquellos gastos que posteriormente no sean considerados destino efectivo de rentas, siempre que hayan sido necesarios para la obtención de ingresos.

Se incluye la posibilidad de no incluir como ingreso contable el beneficio obtenido por la venta de un inmueble cuando la reinversión sea destinada a gasto o inversión en cumplimiento de fines.

En relación con lo que se considera destino efectivo de rentas, se intenta ser más exhaustivo sobre todo en lo relativo a las inversiones, así como con la inclusión de los ajustes negativos en patrimonio por cambios de criterios o errores se hayan producido, dado que se incluyeron los positivos para aumentar la base de cálculo.

Se añade un punto para corregir el efecto de la inflación dado que la obligación de destino del 70% y la pérdida de valor del patrimonio fundacional por efectos de la inflación puede provocar la descapitalización de la fundación, por lo que se incluye esa corrección cuyo calculo deberá ser establecida a través del reglamento.

En último lugar, dado que se ha eliminado, con acierto, que el 30% restante, en caso de destinarse el mínimo, fuera a dotación o reservas, se incluye que el destino del excedente contable debe ser a eliminar excedentes negativos si los hubiera o a reservas o dotación.

ARTÍCULO 26. CONTRATACIÓN CON PERSONAS O ENTIDADES VINCULADAS.

Propuesta.

1. La fundación podrá celebrar contratos con personas o entidades vinculadas de conformidad con las reglas contenidas en este artículo.

2. Será necesaria la **comunicación individualizada al Protectorado en el plazo máximo de 30 días** cuando la cuantía correspondiente al conjunto de las contrataciones que anualmente se pretendan llevar a cabo con todas las personas o entidades vinculadas sea superior a 18.000 euros o al 25 por 100 del volumen anual de ingresos de la fundación que figuren en las cuentas correspondientes al último ejercicio que tengan obligación de presentar, o respecto de los ingresos previstos en el primer plan de actuación si la solicitud de autorización se realiza en el primer ejercicio de funcionamiento de la Fundación.

~~La resolución del Protectorado concretará, en su caso, los términos y el periodo de vigencia de la autorización.~~

~~3. El Protectorado denegará en todo caso la autorización cuando:~~

~~a) El negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio el cargo de patrono.~~

~~b) El valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado.~~

~~c) La cuantía correspondiente al conjunto de las contrataciones que se pretendan llevar a cabo en cada ejercicio sea superior al 50 por 100 del volumen anual de ingresos de la fundación que figuren en las cuentas correspondientes al último ejercicio que tengan obligación de presentar, o respecto de los ingresos previstos en el primer plan de actuación si la solicitud de autorización se realiza en el primer ejercicio de funcionamiento de la Fundación.~~

~~d) En los demás supuestos que se establezcan reglamentariamente.~~

3. En los restantes supuestos, los contratos deberán ser comunicados al Protectorado, **al finalizar el ejercicio.**

En la memoria de las cuentas anuales del ejercicio correspondiente, deberá aportarse la información relativa a los negocios jurídicos contemplados en este artículo.

4. Cuando el protectorado tenga conocimiento de que se han realizado contrataciones sin cumplir la obligación de comunicar el acto o negocio realizado, requerirá al patronato cuanta información considere conveniente, siempre sin perjuicio de la posibilidad de entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o de solicitar de la autoridad judicial su destitución.

5. A efectos de este artículo, se considerarán personas o entidades vinculadas a la fundación las siguientes:

a) Los fundadores, los patronos, los miembros de otros órganos de la fundación, las personas físicas que actúen como representantes de los patronos y las personas que actúen en virtud de poderes otorgados por el Patronato.

b) Los cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad y las personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, de las personas citadas en la letra a).

c) Las entidades en las que las personas citadas en las letras a) y b) sean socios o partícipes o formen parte de sus órganos de gobierno.

d) Las entidades en las que la fundación sea socio o partícipe.

En todos los supuestos en que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes de una entidad, la participación deberá ser igual o superior al 5 por ciento, o al 1 por ciento si se trata de valores admitidos a negociación en un mercado regulado.

Justificación.

En aras de la transparencia, debe valorarse positivamente la regulación del conflicto de interés que pudiera darse a través de la contratación de la fundación con sus patronos y entidades o personas vinculadas, más allá de la actual regulación de la autocontratación. No obstante, debe señalarse que las fundaciones ya tienen obligación de informar a través de la memoria anual de las operaciones realizadas con partes vinculadas de acuerdo con el PGC.

No obstante, se propone sustituir el procedimiento de autorización previa por el de comunicación o declaración responsable, teniendo en cuenta precisamente que se amplían notablemente los supuestos previstos en la actual Ley de Fundaciones para la denominada autocontratación.

Los procedimientos de autorización previa dilatan en el tiempo la adopción de decisiones por parte de la fundación, lo que puede representar un perjuicio patrimonial para las mismas, sobre teniendo en cuenta que muchas

de las contrataciones con patronos o personas vinculadas se producen porque por su relación con la fundación, ésta obtiene condiciones mucho más ventajosas que de otras personas o entidades.

En todo caso debería revisarse el concepto de parte vinculada. Debe tenerse en cuenta que, de adoptarse esta redacción, se estaría exigiendo autorización previa para que la fundación contratara, por ejemplo, con una sociedad que dé servicios de energía, comunicaciones, etc. —servicios cuyo coste anual puede superar los umbrales señalados— de la que el patrono es administrador aunque no tenga una capacidad de decisión o especial influencia. O someter a autorización la prestación de servicios que realice una empresa a la propia fundación de la empresa, a pesar de que lo haga a precios muy inferiores a los de mercado. O la firma de un convenio de colaboración con otra fundación de cuyo patronato alguno de los patronos forme parte. O se estaría prohibiendo que algunas fundaciones de investigación, que desarrollan proyectos financiados por sus patronos, lleven a cabo su actividad principal, o incluso se estaría prohibiendo a las fundaciones del sector público prestar muchos de los servicios que ahora prestan por encargo de la Administración fundadora o de las administraciones públicas que formen parte del patronato. Incluso aunque se tratara de una comunicación, en muchos casos, la misma no estaría justificada.

ARTÍCULO 27. MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS.

Propuesta.

1. La modificación o nueva redacción de los Estatutos acordada por el Patronato, deberá ser comunicada al Protectorado, quien sólo podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de dos meses a contar desde la notificación al mismo del correspondiente acuerdo de Patronato.

2. Cuando la modificación o nueva redacción haya sido prohibida por el fundador, el acuerdo del Patronato requerirá para su eficacia autorización previa del Protectorado, el cual sólo la concederá cuando sea la única manera de evitar la liquidación de la fundación, y siempre y cuando el fundador no haya previsto para este supuesto la extinción de la fundación.

3. Dicha modificación o nueva redacción habrá de ser formalizada en escritura pública e inscrita en el correspondiente Registro de Fundaciones, una vez notificada a la fundación por el Protectorado la autoriza-

ción previa, o la no oposición, o habiendo transcurrido dicho plazo sin haberse pronunciado expresamente el Protectorado.

Justificación.

El borrador introduce una nueva autorización previa no prevista en la legislación actual.

La redacción que propone esta asociación, además de eliminar esa autorización, salvo para el supuesto de prohibición del fundador, trata de huir de indeterminaciones como la del artículo 29.2 de la Ley 50/2002, que dice: «Cuando las circunstancias que presidieron la constitución de la fundación hayan variado de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus Estatutos...».

El Patronato es quien ha de decidir modificar o no los Estatutos, y al Protectorado es a quien corresponde velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales y por la aplicación de los recursos económicos al cumplimiento de los fines.

Además, ha de prevalecer siempre la voluntad del fundador, por eso la redacción. Una modificación de estatutos en contra de la voluntad del fundador, y máxime cuando éste hubiera previsto en tal supuesto la extinción de la fundación, no debe realizarse aunque haya sido autorizado por el protectorado. La razón es que, de haberlo sabido el fundador que se iba a actuar de este modo, hubiera podido decidir no fundar.

ARTÍCULO 28. FUSIÓN.

Propuesta.

1. Las fundaciones podrán fusionarse previo acuerdo de los respectivos patronatos, que se comunicará al Protectorado. Cuando la fusión hubiere sido prohibida por el fundador, los acuerdos de los Patronatos requerirán para su eficacia autorización previa del Protectorado, el cual sólo la concederá cuando sea la única manera de evitar la liquidación de la fundación, y siempre y cuando el fundador no haya previsto para este supuesto la extinción de la fundación.

2. El Protectorado sólo podrá oponerse a la fusión por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de dos meses a contar desde la notificación al mismo de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas.

3. La fusión requerirá el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de Fundaciones, **una vez notificada a la fundación por el Protectorado la autorización previa, o la no oposición, o habiendo transcurrido dicho plazo sin haberse pronunciado expresamente el Protectorado.**

La escritura pública contendrá la resolución de autorización del protectorado, **cuando proceda**, los estatutos de la fundación resultante de la fusión y la identificación de los miembros del patronato resultante de la fusión.

El Registro comunicará la inscripción de la fusión al Protectorado.

~~4. Cuando una fundación resulte incapaz de alcanzar sus fines, el Protectorado podrá requerirla para que se fusione con otra de análogos fines que haya manifestado ante el Protectorado su voluntad favorable a dicha fusión, siempre que el fundador no lo hubiera prohibido.~~

~~Frente a la oposición de aquélla, el Protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la referida fusión.~~

Justificación.

Deben esgrimirse los mismos argumentos que en relación con la propuesta que se hace para la modificación estatutaria.

ARTÍCULO 29. FORMAS DE EXTINCIÓN.

Propuesta.

La fundación se extinguirá:

- a) Cuando expire el plazo por el que fue constituida.
- b) Cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional.
- c) Cuando sea imposible la realización del fin fundacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 de la presente ley.
- d) Cuando así resulte de la fusión a que se refiere el artículo anterior.
- e) Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos.

~~f) Cuando se aprecie la concurrencia de cualquiera de los supuestos establecidos en el apartado 3 del artículo 3.~~

~~g) Cuando no haya dado cumplimiento a sus obligaciones de presentación de cuentas anuales o planes de actuación durante al menos tres ejercicios continuados.~~

h) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.

Justificación.

La extinción de la fundación no puede ser la solución a los incumplimientos o acciones de los patronos contrarias a la ley o a los estatutos. Al contrario, la extinción de la fundación supondría una clara limitación del ejercicio del derecho de fundación y es absolutamente contraria a la obligación de los poderes públicos de asegurar el cumplimiento de los fines fundacionales y la realización de la voluntad del fundador, que quedaría absolutamente preterida. En estos casos debe primar un principio *pro fundación*.

Si el patronato no cumple con la obligación de presentar las cuentas anuales, el protectorado deberá ejercer las acciones legales previstas: dejar constancia en el Registro de la falta de presentación de cuentas, comunicarlo a la Administración tributaria, y ejercer la acción de responsabilidad frente a los patronos, o solicitar de la autoridad judicial su cese. Todo ello sin perjuicio de otras acciones legales que puede ejercer como la solicitud de la intervención temporal si existiera una grave desviación o la correspondiente comunicación al Ministerio Fiscal o al juez en caso de que hubiera indicios de delito.

Cuando concurra alguna de las prohibiciones del artículo 3 la fundación no puede sencillamente dejar de existir, sino que tendrán que adoptarse las medidas correctoras ya señaladas para asegurar el cumplimiento de la voluntad del fundador y salvaguardar el interés de la fundación y de sus beneficiarios.

Todo ello independientemente de que se acuerde por resolución judicial.

ARTÍCULO 30. FORMAS DE EXTINCIÓN.

Propuesta.

1. En el supuesto del párrafo a) del artículo anterior la fundación se extinguirá de pleno derecho.

2. En los supuestos contemplados en los párrafos b), c) y e) del artículo anterior, la extinción de la fundación será acordada por el Patronato y

ratificada por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato, o éste **no fuera ratificado por el** Protectorado, la extinción de la fundación requerirá resolución judicial motivada, que podrá ser instada por el Protectorado o por el Patronato, según los casos.

3. En **el** supuesto recogido en **el** párrafo ~~f), g) y h)~~ del artículo anterior se requerirá resolución judicial motivada. ~~La misma será instada por el Protectorado en los supuestos recogidos en los párrafos f) y g).~~

4. El acuerdo de extinción o, en su caso, la resolución judicial, se inscribirán en el Registro de Fundaciones.

Justificación.

De acuerdo con las propuestas formuladas para los artículos anteriores.

ARTÍCULO 31. LIQUIDACIÓN.

Propuesta.

1. La extinción de la fundación, salvo en los supuestos en que su origen sea un procedimiento de fusión, determinará la apertura del procedimiento de liquidación, que se realizará por el Patronato de la fundación bajo el control del Protectorado, salvo lo que, en su caso, establezca una resolución judicial motivada.

2. Los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas que persigan fines de interés general.

4. En los supuestos recogidos en los párrafos a), b) c) y e) del artículo 29, el Patronato deberá concluir el procedimiento de liquidación e instar su inscripción en el Registro de fundaciones. La inscripción se llevará a cabo

en el plazo máximo de un año contado a partir del día siguiente al de notificación de la resolución favorable del Protectorado relativa a la extinción de la fundación, o de la fecha en la que expire el plazo por el que fue constituida.

~~5. En los supuestos recogidos en los párrafos f) y g) del artículo 29, la resolución judicial declarará la extinción de la fundación y ordenará, en su caso, la liquidación de sus bienes y derechos pudiendo designar beneficiaria a la administración pública que haya ejercido el protectorado de dicha fundación, siempre y cuando sus estatutos o cláusulas fundacionales no hubiesen dispuesto expresamente lo contrario.~~

6. Reglamentariamente se establecerán los criterios reguladores del procedimiento de liquidación a que se hace referencia en los apartados anteriores.

Justificación.

De acuerdo con las propuestas formuladas para los artículos anteriores.

ARTÍCULO 33. FUNCIONES DEL PROTECTORADO.

Propuesta.

1. Son funciones del Protectorado:
 - a) Resolver, de acuerdo con lo previsto en los artículos 2, 3 y 12, con carácter preceptivo y vinculante, sobre la idoneidad de los fines y actividades y la suficiencia y adecuación de la dotación de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución ~~para generar los recursos que garanticen el cumplimiento de los fines fundacionales~~. Asimismo, resolverá con carácter preceptivo y vinculante sobre la adecuación de las aportaciones posteriores a la dotación en los supuestos que reglamentariamente se determinen.
 - b) Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, en relación con la normativa aplicable a dicho proceso.
 - c) Asesorar a las fundaciones ya inscritas sobre su régimen jurídico, económico-financiero y contable, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario.
 - d) Dar a conocer la existencia y actividades de las fundaciones.
 - e) Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo requerir del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria.

f) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen las personas llamadas a integrarlo, pudiendo designar, en su caso, los patronos necesarios para garantizar su normal funcionamiento **en los supuestos previstos en esta ley.**

g) Designar nuevos patronos de las fundaciones en período de constitución cuando los patronos inicialmente designados no hubieran promovido su inscripción registral, en los términos previstos en el artículo 13.7 de la presente ley.

h) Cuantas otras funciones se establezcan en ésta o en otras leyes.

2. En todo caso, el Protectorado está legitimado para ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad por los actos relacionados en el artículo 17.2 y para instar el cese de los patronos en el supuesto contemplado en el párrafo d) del artículo 15.3.

Asimismo, está legitimado para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación.

3. Cuando el Protectorado encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, comunicando esta circunstancia a la fundación interesada.

Justificación.

Ajustar este artículo a las propuestas anteriores. En concreto, el artículo 12 permite la constitución de la fundación con una dotación de inferior valor mediante la presentación de un estudio económico que permita contrastar que la dotación «y los medios de financiación previstos», son suficientes. Luego no sólo los rendimientos de la dotación.

ARTÍCULO 34. EL REGISTRO DE FUNDACIONES.

Propuesta.

Se hace mención a la exención de arancel de que disfrutarán las administraciones públicas, los órganos judiciales y el protectorado.

Esta asociación ha trasladado al Ministerio de Justicia la necesidad de que en el cambio de modelo del registro administrativo actual al registro jurídico, que ofrece mayores garantías a efectos de publicidad de los actos inscribibles de las fundaciones, se tengan en cuenta los costes que ello puede suponer

para las fundaciones, y que atendiendo a las circunstancias, dichos aranceles puedan modularse, por lo que sería deseable que se recogiera expresamente en el texto.

CAPÍTULO IX. RÉGIMEN SANCIONADOR.

Propuesta.

Se propone su supresión.

Justificación.

Se ha puesto de manifiesto en las observaciones fundamentales al borrador de anteproyecto la opinión de esta asociación sobre el régimen sancionador.

Deben hacerse además algunas consideraciones a la vista de los principios que deben regir la potestad sancionadora de la Administración de acuerdo con nuestro ordenamiento:

— El **principio de tipicidad** impide que se establezcan cláusulas generales que permitan al órgano sancionador actuar con excesivo arbitrio «y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa» (STC 29.3.1990).

Algunas infracciones son excesivamente genéricas y pueden dar lugar a una actuación discrecional e incluso arbitraria del protectorado. Por ejemplo, la negligencia en el ejercicio del cargo de patrono, para cuya determinación, por otra parte, está previsto un procedimiento judicial, podrá ser apreciada libremente por el protectorado. La mera existencia de fondos propios negativos podrá ser causa de infracción sin necesidad de que exista dolo o negligencia grave o ni siquiera un nexo entre la conducta de los patronos y la situación patrimonial de la entidad. El incumplimiento de la obligación de aportar la información —cualquiera— solicitada por el protectorado en el ejercicio de sus funciones, también dará lugar a sanciones.

— También podría entenderse vulnerado el **principio de proporcionalidad**.

Conforme al artículo 131.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 30/1992), en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a. La existencia de intencionalidad o reiteración.
- b. La naturaleza de los perjuicios causados.
- c. La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Aun cuando tales principios se enumeran en el artículo en cuanto a la graduación de las sanciones, en la determinación normativa se recogen una serie de infracciones de forma puramente objetiva sin atender a la intencionalidad ni a la naturaleza del perjuicio que puedan causar.

— **Principio de *non bis in idem***: unos mismos hechos no pueden ser objeto de penas judiciales y de sanciones administrativas, ni se da primacía al juez penal en estos casos.

— **Procedimiento sancionador**: aun cuando se haga una remisión a la LPC debieran recogerse expresamente los derechos del presunto responsable, las medidas de carácter provisional y sobre todo la presunción de inocencia, en los términos previstos en el artículo 137 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

— **Sujetos responsables.**

Se hace responsable directo de las sanciones que se impongan a los patronos y al secretario de la fundación. En el régimen de sociedades las sanciones se imponen a los administradores en el caso de determinadas infracciones, por ejemplo, en relación con las operaciones sobre acciones. Sin embargo, el incumplimiento de las obligaciones de presentación de cuentas puede dar lugar a la imposición de una sanción a la propia sociedad, procedimiento que se iniciará e instruirá por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

CAPÍTULO XI. FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL.

Propuesta.

Conviene revisar el capítulo XI, referido a las fundaciones del sector público estatal, dado que no se propone ninguna modificación, y son varias las cuestiones que deberían plantearse:

— Una mejor definición de fundación del sector público, que no sólo tenga en cuenta el elemento patrimonial, y menos aún el inicial, para saber

cuándo es del sector público, y que atienda también a la definición de control por parte de la Administración.

— Regular mínimamente la salida de una fundación del sector público y regular la forma de integración en aquél, en cuanto a las instrucciones de la Administración matriz, los encargos que puede recibir, entre otras cuestiones.

— Dar una regulación adecuada a las fundaciones mixtas, incluso si pertenecen al sector público.

— Adecuar este título a la STC de 2011 en cuanto a protectorado y registro de las fundaciones del sector público. Esto obligaría a regular la actual duplicidad de controles y rendición de cuentas a través del protectorado y de la intervención general.

— Dar una regulación adecuada a las especificidades de estas fundaciones en los procesos de fusión y disolución.

— Adecuar la regulación a la Ley de Contratos del Sector público, que va más allá de lo que se prevé escuetamente en la ley.

— Desarrollar algunas de las previsiones de la Ley General de Subvenciones en dos aspectos: las transferencias que reciban como «agentes» del sector público; ciertas garantías un poco más desarrolladas sobre la atribución de ayudas económicas sin contraprestación por estas fundaciones.

Justificación.

No se hace en el borrador ninguna modificación del régimen jurídico de las fundaciones del sector público, muchos de cuyos problemas han sido bien identificados en el Informe CORA.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA. EXTINCIÓN DE FUNDACIONES SIN ACTIVIDAD.

Propuesta.

Se propone suprimir esta disposición.

Justificación.

La falta de presentación de las cuentas anuales representa un incumplimiento de las obligaciones legales, pero no es causa por sí misma de falta de actividad de la fundación. Se han señalado las acciones legales de que dispo-

ne el protectorado para estos casos a propósito de la propuesta que se realiza al artículo 30 referido a las causas de extinción.

Asociación Española de Fundaciones
Marzo de 2014