

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

6 de mayo de 2014

La Asociación Española de Fundaciones (AEF) valora positivamente la introducción de algunas de las propuestas formuladas, así como de otras mejoras técnicas en el texto del nuevo borrador, que contribuyen a mejorarlo.

Sin perjuicio de ello, la AEF quiere reiterar las observaciones fundamentales señaladas en el primer informe. Entre ellas, la AEF recoge en este nuevo informe aquellas que se consideran especialmente relevantes por afectar a aspectos esenciales del régimen jurídico de las fundaciones.

La AEF quiere también poner de manifiesto que se trasladan estas nuevas observaciones sin perjuicio de las que puedan realizarse en la tramitación administrativa y legislativa posterior.

1. Protectorado: facultades administrativas y ejercicio del derecho de fundación.

La AEF considera que el nuevo borrador, aunque ha introducido mejoras significativas, sigue manteniendo una amplia facultad discrecional a favor del protectorado. Esta intervención se pone de manifiesto en tres aspectos importante de la existencia de la fundación: a) procedimiento de constitución; b) procedimiento de extinción; y c) régimen de autorizaciones y comunicaciones.

a. Procedimiento de constitución:

En particular, en el proceso de constitución e inscripción de la fundación, se faculta al protectorado para dar su conformidad con los fines de la fundación y la suficiencia de la dotación fundacional, atribuyendo efecto negativo al silencio administrativo.

El artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal como ha quedado redactado tras la ley 25/2009, establece en su apartado 1 lo siguiente: «En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario».

En este caso no estamos ante razones de interés general ni ante normas comunitarias que justifiquen el silencio negativo, máxime por afectar a la regulación de un derecho fundamental, que no puede limitarse ni incluso impedirse por silencio administrativo.

Se elimina la posibilidad del desembolso sucesivo de la dotación inicial y se faculta al protectorado, con un amplio margen de discrecionalidad, para admitir una dotación inicial inferior.

Se sigue exigiendo que los fines de la fundación deban constar «de manera concreta y determinada» en los estatutos, algo que no se exige a otras personas jurídicas.

Asimismo se exige a la fundación contar con medios personales y materiales «adecuados» y la organización «idónea» para garantizar el cumplimiento de los fines fundacionales, algo que también deberá ser apreciado por el protectorado. Por todo ello, el procedimiento de constitución de la fundación se convierte en un procedimiento enormemente discrecional, en la práctica de autorización, limitando el ejercicio del derecho de fundación reconocido constitucionalmente.

A estos efectos se considera conveniente volver a incluir la lista de fines de interés general que contiene la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que si bien es simplemente ejemplificativa, es bastante clarificadora.

Por esta razón, deben mantenerse las siguientes propuestas:

i. Artículo 2. Concepto.

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.~~

ii. Artículo 11. Estatutos.

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.~~
- 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].

iii. Artículo 12. Dotación.

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.~~

iv. Artículo 13. Procedimiento de constitución.

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 y de la documentación que acredite la composición inicial de la dotación.

2. El Protectorado dictará y notificará la 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 notificada, 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 la inscripción de la fundación a los interesados y al Protectorado en un plazo de tres días a contar desde dicha inscripción.

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.

b. Procedimiento de extinción de fundaciones.

La AEF aprecia favorablemente la eliminación como causa de extinción del supuesto recogido en la **letra f) del artículo 29**, si bien debe reiterar

que las mismas razones que apoyan su eliminación deben apoyar la eliminación de la causa contemplada en la actual letra f) (antes g). Esta causa, por otra parte, ya está recogida en el régimen sancionador y debe ponerse en relación con la disposición adicional novena, que para aquellas que lleven diez años sin presentar cuentas, se extinguirán por ser imposible la realización del fin fundacional. No se establece el número de ejercicios durante los cuales deberán estar sin rendir cuentas por lo que de nuevo se otorga importante discrecionalidad al protectorado.

Como ya señaló, 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*.

Por estos motivos la AEF quiere reiterar la propuesta de modificación de los artículos 29, 30 y 31:

i. Artículo 29. Causas de extinción.

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

- f) Cuando concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.

ii. Artículo 30. Formas de extinción.

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.

iii. Artículo 31. Liquidación.

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 el párrafo f) 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.~~

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

iv. Disposición adicional novena.

Esta disposición mejora la regulación contenida en la disposición transitoria cuarta, referida a las fundaciones sin actividad, remitiendo estos supuestos al procedimiento de extinción de fundaciones por imposibilidad de cumplimiento de los fines.

c. Régimen de autorizaciones y comunicaciones.

El texto sigue manteniendo las autorizaciones para disponer de los bienes y derechos de la dotación fundacional y para la contratación con patronos y entidades vinculadas en determinados supuestos. Sin embargo, como ya se señaló, 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, sin que se regulen 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.

i. Artículo 20. Actos de disposición.

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 públi-

co que corresponda por razón del objeto, y se reflejarán en el Libro Inventario de la fundación.

2. Cumplimiento de fines y transparencia.

Se valoran positivamente las medidas tendentes a conseguir una mayor transparencia de la actividad de las fundaciones. No obstante, la AEF considera que, sin perjuicio de las medidas que voluntariamente adopten las fundaciones, como vienen haciendo en los últimos años, la norma debe regular primero, las obligaciones de transparencia de la propia Administración, respecto de la información de que dispone del sector fundacional.

Así, sin perjuicio de la publicidad formal a través del Registro de Fundaciones, deben ser también los protectorados los que pongan a disposición de los ciudadanos la información básica del sector, en línea con la recientemente aprobada Ley de Transparencia, como sucede en algunos países de nuestro entorno, caso del Reino Unido a través de la *Charity Commission* —<http://www.charity-commission.gov.uk/>— y como ya vienen haciendo algunos protectorados en España.

Todo ello debe insistirse sin perjuicio de las iniciativas de autorregulación que las propias fundaciones deseen adoptar, en línea con los estándares que ya establecen distintas instituciones nacionales e internacionales que, por otra parte, distinguen distintos tipos de obligaciones de transparencia, graduadas en función de la dimensión y del tipo de financiación de la fundación. Por el contrario, este artículo, tal y como está redactado, no hace ningún tipo de distinción.

Conforme a ello se formula esta propuesta:

i. Artículo 22. Cumplimiento de fines y transparencia.

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.

3. Con el fin de garantizar la transparencia de su actividad, **el protectorado 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~~ Los cargos del patronato y la identidad de los ejecutivos y responsables de cada una de las áreas de actuación.
4. Las fundaciones **valorarán la oportunidad de** impulsar la aprobación y difusión de sus propios códigos de buen gobierno».

3. Buen gobierno y responsabilidad.

Algunos de los principios que se recogen en el artículo 17.1 que deben informar la actuación de los patronos, son más propios de los códigos de conducta que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22, convendrá que impulsen las fundaciones, como, en la práctica, están haciendo muchas.

Esos códigos, aun como normas internas y no recogidas en la ley, ya establecen el estándar de diligencia conforme al cual los patronos deben actuar. Por otra parte la ley, al establecer el deber de diligencia de los patronos y la juridicidad de su conducta, ya está estableciendo el deber fiduciario de los patronos, como administradores de intereses ajenos. Por esta razón, en la práctica, el artículo no añade nuevos principios o especificidad a los mismos.

La AEF quiere además resaltar que, en los últimos tiempos, son muchas y muy diversas las normas legales o reglamentarias que, con orígenes y naturaleza distinta, afectan sin embargo de forma directa o indirecta a la transparencia, buen gobierno y responsabilidad de fundaciones y patronos. Estas normas obligan a estas entidades a adoptar medidas, internas y externas de diversa índole, que convendría homogeneizar y analizar conjuntamente: a los procedimientos de control a que obliga la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, actualmente pendiente de modificación, se suman las obligaciones derivadas de la Ley de Transparencia y, especialmente, las obligaciones previstas en el Reglamento de desarrollo de la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales, que obliga a estas entidades, entre otras cuestiones a implementar procedimientos para garantizar la idoneidad de los patronos y otros puestos de responsabilidad de la entidad, aplicar sistemas en función del riesgo de control de la efectiva ejecución de sus actividades y aplicación de fondos, etc.

Conforme a todo ello se propone la siguiente redacción:

i. Artículo 17.1.

1. Los miembros del Patronato desempeñarán el cargo con la diligencia de un representante leal.

Son derechos de los miembros del patronato:

a) Recibir la convocatoria que contenga el orden del día y asistir a las reuniones de los órganos de que formen parte.

b) Hacer constar en acta sus opiniones.

c) Ejercer su derecho de voto.

d) Obtener la información precisa para el cumplimiento de sus funciones.

2. Son deberes de los miembros del Patronato, además de los que los estatutos y sus normas de funcionamiento puedan establecer, los siguientes:

a) Cumplir y hacer cumplir fielmente los fines fundacionales, con arreglo a lo dispuesto en la presente ley, la legislación estatal aplicable y los estatutos de la fundación.

b) Administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo plenamente el rendimiento, la utilidad y la productividad de los mismos, ateniéndose a los criterios de un buen gestor, en especial, cuando se desarrollen actividades económicas.

c) Asistir a las reuniones del Patronato y velar por la legalidad de los acuerdos.

4. Contratación con personas o entidades vinculadas.

La AEF considera que con la redacción que propone no se abre la puerta a un abuso de la figura de la autocontratación. Al contrario, se pretende, por un lado, como al suprimir otras autorizaciones, agilizar la gestión de la fundación y causar a estas entidades los menores perjuicios que pudieran derivarse, al poder paralizarse su gestión durante tres meses.

Por otro, debe tenerse en cuenta que se amplía notablemente el concepto de autocontratación, extendiéndolo a aquellas relaciones jurídicas que se establezcan con las llamadas «partes vinculadas». Es decir, se amplía notablemente el régimen de autocontratación actual, sin eliminar el procedimiento de autorización previa, estableciendo además algunas prohibiciones absolutas

de autocontratación. Se han puesto varios ejemplos en el informe anterior, reales, de lo que sucedería de aceptarse esta redacción.

Se quiere además llamar la atención sobre la confusión que puede crear introducir el concepto de «entidad vinculada» en la legislación fundacional, por las siguientes razones: i) no responde al concepto de fundación al tratarse de una entidad de base patrimonial, en la que no hay una participación, y ii) se abren una serie de cuestiones desde el punto de vista contable y fiscal y que ya contienen sus propias definiciones de partes vinculadas que han sido muy matizadas, en el caso de las fundaciones, por la doctrina administrativa y la jurisprudencia. Se propone, por tanto, mejorar la redacción en el sentido que se expresa:

i. Artículo 26. Conflicto de interés.

1. La fundación podrá celebrar contratos con **las personas o entidades señaladas en este apartado** de conformidad con las reglas que se contienen en los siguientes puntos:

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 **exista una relación de 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.

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 señaladas** 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.~~

4. 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.

5. 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.

Esta propuesta requeriría también la modificación del **artículo 14.6.**

ii. Artículo 14.6. Patronato.

5. 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.

5. Desarrollo de actividades propias y mercantiles y aplicación de rentas al cumplimiento de los fines.

a. Actividades propias y mercantiles.

Debe insistirse en las observaciones ya realizadas a propósito del artículo 23, que en ningún caso pretenden desvirtuar ni instrumentalizar la figura fundacional, sino al contrario, clarificar qué actividades pueden ser desarrolladas por las fundaciones. La AEF parte de la premisa de que la realización de actividades económicas se justifica siempre que esté relacionada con el fin fundacional y sea complementaria y accesorio, en sentido material y no financiero. La actividad propia puede ser gratuita o no, pero siempre relacionada con el fin fundacional.

Por otra parte la propuesta de la AEF es acorde con el borrador de nuevo Código Mercantil, que incluye como una de sus novedades asimilar a los empresarios a lo que se denomina «otros operadores económicos» u «operadores de mercado» y, por tanto, a otras personas jurídicas, distintas de las sociedades, cualquiera que sea su naturaleza y objeto, que ejerzan alguna de las actividades expresadas en el Código e incluso a los entes sin personalidad jurídica, «por cuanto su actuación en el mercado o su participación en los negocios jurídicos que se producen en el mismo tienen que someterse a la regulación jurídico mercantil, de la misma manera que se produce cuando interviene en una operación determinada un empresario».

Sigue sin quedar claro qué sucede con las fundaciones cuyo fin específico exige, por naturaleza, ser desarrollado a través de una actividad económica, caso de los museos, colegios, hospitales, residencias y centros de día, etc. Tampoco se clarifica cómo pueden ser desarrolladas las actividades en colaboración con otras entidades.

Se propone, además, una redacción para el artículo 25 que sustituya a la previsión del apartado 5 del artículo 24 cuya supresión la AEF propone.

Se propone por tanto la siguiente redacción:

i. Artículo 23. Actividades de la fundación.

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.**

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.**

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.

b. Aplicación de rentas al cumplimiento de los fines fundacionales.

La redacción de este artículo introduce algunas mejoras respecto al borrador inicial, si bien se quieren formular algunas propuestas que dependen también de las modificaciones que pudieran adoptarse en el artículo 23 en cuanto a la eliminación de la distinción entre actividades propias y mercantiles tal y como se definen en el borrador.

Respecto al apartado 2, en el informe del Ministerio se indica que es necesario para que la fundación asuma las pérdidas, pues con independencia de su consideración o no como destino de rentas, la entidad asume efectivamente la pérdida que significa que los gastos sean superiores a los ingresos. En cualquier caso, esta medida no permite fracasos, por lo que puede desincentivar a las fundaciones a realizar este tipo de actividades para la captación de fondos, lo que finalmente va en detrimento de los beneficiarios.

La eliminación del apartado 6 se propone porque la exigencia de proporcionalidad es un concepto jurídico indeterminado, lo que crea inseguridad jurídica a la fundación, que no tiene referencias sobre qué se entiende por proporcionalidad.

En cuanto a la no aceptación del apartado 8, debe señalarse que la propuesta tenía por objetivo clarificar una duda, muy extendida, sobre cuál es la relación entre el excedente del ejercicio y el destino de rentas.

Se hace además una nueva propuesta que trata de prever un supuesto común entre las fundaciones en la actualidad, como es el de su participación en sociedades mercantiles para el cumplimiento del fin fundacional: centros especiales de empleo, empresas de inserción, empresas de base tecnológica y transferencia de tecnología, etc., y que, como se ha señalado, suplan la supresión propuesta del art. 23.5.

i. Artículo 25. Destino de rentas e ingresos.

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 incluirá 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 siempre que el importe obtenido en la transmisión se reinvierta, en bienes inmuebles destinados a las mismas. 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.**

Asimismo, se considerará destinado a los fines fundacionales el importe destinado a incrementar la dotación fundacional para mantener su valor frente al efecto de la inflación, en lo que exceda del 30% del resultado contable de la Fundación, ajustado según lo dispuesto en los apartados anteriores.

Reglamentariamente se determinará el mecanismo para determinar el efecto de la inflación sobre la dotación fundacional.

Se considerará que las inversiones han contribuido al cumplimiento de los fines propios de la fundación en el caso de que éstas se realicen en empresas o entidades, cualquiera que sea su forma jurídica y siempre que no se responda personalmente de las deudas, que de manera directa contribuyan a la promoción y desarrollo de dichos 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. 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.

6. Régimen sancionador.

Aunque se han introducido mejoras técnicas en este capítulo, la AEF debe reiterar lo ya expresado en sus alegaciones iniciales en relación con el régimen sancionador.

Debe hacerse especial hincapié en que se hace responsable directo de las sanciones que se impongan a los patronos y al secretario de la fundación, en este último caso, incluso aunque no tuviera la condición de patrono, lo que no tiene demasiado sentido. 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.

Cuestión distinta es la responsabilidad en la que puedan incurrir los patronos por los daños y perjuicios causados a la fundación por actos contrarios a la ley y a los estatutos, que ya contienen su propia regulación y procedimiento.

La AEF debe recordar que la responsabilidad de los administradores, luego también la de los patronos, está en revisión tanto desde el punto de vista del buen gobierno, revisión a la que debería en todo caso adaptarse la fundación de acuerdo con un principio de proporcionalidad, como desde el punto de vista de la responsabilidad penal, que afectará también, parece, a los patronos.

**Asociación Española de Fundaciones
Mayo de 2014**