

Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley de Fundaciones

Septiembre de 2014

De conformidad con las competencias atribuidas al Consejo Económico y Social por la Ley 21/1991, de 17 de junio, previo análisis y tramitación por la Comisión de Trabajo de Salud, Consumo, Asuntos Sociales, Educación y Cultura, y de acuerdo con el procedimiento previsto en el Reglamento de organización y funcionamiento interno, el Pleno del Consejo Económico y Social aprueba en su sesión ordinaria del día 24 de septiembre de 2014 el siguiente dictamen:

1. Antecedentes

Con fecha de 4 de septiembre tuvo entrada en el CES escrito del Ministerio de Justicia, por el que se solicitaba la emisión de dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Fundaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 7.1.1.a) de la Ley 21/1991, de Creación del Consejo Económico y Social. El encargo de elaboración de la propuesta de dictamen se trasladó a la Comisión de Trabajo de Salud, Consumo, Asuntos Sociales, Educación y Cultura.

El Anteproyecto objeto de dictamen viene acompañado de una Memoria de análisis de su impacto normativo, regulada según el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, que justifica la oportunidad de la propuesta, incluye una descripción del contenido, análisis jurídico y tramitación, y analiza los diferentes impactos de la norma, desde el punto de vista de su adecuación al orden de competencias, de sus efectos en el ámbito económico y presupuestario, así como de su impacto de género.

El artículo 34 de la Constitución reconoce «el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley». Esta previsión constitucional se cumplió en un primer momento mediante la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, que regulaba en un solo cuerpo legal el régimen jurídico de los entes fundacionales y las ventajas de carácter impositivo

que se conceden a las personas privadas, físicas o jurídicas (sin limitarse a las de naturaleza fundacional), por sus actividades o aportaciones económicas en apoyo de determinadas finalidades de interés público o social.

El Anteproyecto objeto de dictamen persigue garantizar el adecuado ejercicio del derecho de fundación y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo, tanto respecto de la sociedad como de las Administraciones públicas, mediante diversas modificaciones de su régimen jurídico. Además, con el fin de acabar con la dispersión existente en el seno de la Administración General del Estado, unifica el protectorado en un solo órgano y revisa sus funciones. Finalmente, prevé la creación del Registro de Fundaciones, contemplado en las leyes de 1994 y de 2002, así como en las medidas previstas por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), en donde se inscribirán todos los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en el territorio del Estado español.

De acuerdo con la información que proporciona la Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto objeto de dictamen, a fecha de enero de 2012, el número de fundaciones inscritas en aquellos Ministerios en los que se ejerce la función de protectorado y de registro de fundaciones se sitúa en torno a 3.800 entidades, de las cuales, cerca del 65 por 100 se circunscriben al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Por su parte, la Asociación Española de Fundaciones (AEF) estima que el sector fundacional español en su conjunto está formado por alrededor de 9.500 fundaciones activas, que emplean en torno a 200.000 trabajadores y cuya actividad representa el 1 por 100 del PIB español (*www.fundaciones.org*).

En este contexto, dada la relevancia del sector fundacional en la economía española, la nueva normativa introduce nuevas exigencias y limitaciones tendentes a evitar la utilización instrumental de la figura jurídica de la fundación para el desarrollo de actividades que no guarden relación con los fines que justifican su existencia. No en vano, a tenor de la citada Memoria de análisis, se han venido detectando prácticas en las que las fundaciones actúan como empresas en el mercado e imputan esas actividades a los fines fundacionales, lo que se traduce en una serie de beneficios fiscales que les permiten actuar en el mercado en mejores condiciones que el resto de empresas. Dichas prácticas, además de suponer una vulneración de las normas de derecho de la competencia, afectan negativamente a las cuentas públicas, así como a la sociedad en su conjunto, como destinataria última de los fines de interés general que deben perseguir las entidades fundacionales.

En resumen, el Anteproyecto sometido a dictamen cuenta entre sus propósitos, además de reforzar la transparencia de la actividad fundacional y

eliminar la posible incerteza a la hora de identificar el protectorado en el momento de promover la constitución de fundaciones, con el objetivo de mejorar diversos aspectos de su régimen jurídico sustantivo y procesal, tras una experiencia de doce años de vigencia de la actual legislación que había puesto de manifiesto determinados problemas aplicativos.

El CES ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las modificaciones normativas que han ido aprobándose en el ámbito de las fundaciones en diversas ocasiones. Cabe señalar al respecto el Dictamen 2/2002, sobre el Anteproyecto de Ley de Fundaciones; el Dictamen 3/2002, sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo y el Dictamen 4/2005, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

En lo que concierne a su Dictamen 2/2002, el CES valoró positivamente la reforma del marco regulador de las fundaciones, dirigida a dar respuesta a las necesidades de flexibilidad y autonomía planteadas por el sector, a reforzar su influencia en la vertebración de la sociedad y su posición, entre otros, en el marco de la economía social y, en general, a potenciar y ayudar a encauzar los esfuerzos privados hacia el logro de objetivos de interés general. No obstante, este Consejo puso de manifiesto que para dictaminar la regulación sustantiva y procedimental de las fundaciones recogida en aquel Anteproyecto hubiera sido deseable conocer también el contenido de la normativa de carácter fiscal aplicable a estas entidades y contar así con una perspectiva global del marco regulador de las fundaciones. Dicha normativa fiscal sería posteriormente dictaminada por este Consejo mediante el mencionado Dictamen 3/2002, en donde el CES reiteró la necesidad de que ambos Proyectos de Ley fueran tramitados conjuntamente en el Parlamento.

2. Contenido

El Anteproyecto sometido a dictamen consta de diez capítulos que contienen cuarenta y cuatro artículos, doce disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El capítulo I contiene las disposiciones generales (artículos 1 a 7). En este, cabe destacar la introducción de la necesidad de que las fundaciones cuenten con los medios personales y materiales adecuados y con una organización suficiente para garantizar el cumplimiento de sus fines estatutarios (artículo 2). En su regulación, sobresale también la eliminación de la antigua relación de fines de interés general, por entender imposible incluir todos los fines de

interés general que se pueden perseguir, y la ampliación de la lista de actividades que en ningún caso pueden constituir la actuación principal de la fundación (artículo 3).

El capítulo II regula la constitución de la fundación (artículos 8 a 13). Respecto de la escritura de constitución (artículo 10), como novedad, se añade —a la regulación hoy vigente— la necesidad de incorporar la resolución del Protectorado sobre la idoneidad de los fines y actividades, así como de la suficiencia y adecuación de la dotación. Este extremo responde al cambio en el procedimiento de constitución que se opera a través del nuevo artículo 13.

En relación con los Estatutos, cabe señalar que novedosamente se precisa que los fines de la fundación no podrán constar de manera genérica, sino de manera concreta y determinada (artículo 11). Respecto a la dotación fundacional (artículo 12), se elimina la posibilidad del desembolso sucesivo y se clarifica la naturaleza jurídica de la dotación incorporando una definición de la misma que resalta su carácter de elemento esencial del negocio fundacional y la configura como su sustrato patrimonial.

Por lo que atañe al procedimiento de constitución de fundaciones (artículo 13), la Memoria de impacto señala que se establece un procedimiento más sencillo para el interesado —que el hasta ahora vigente—, de tal modo que el orden de los pasos para la constitución de una fundación pasa a ser ahora el siguiente: en primer lugar, el interesado se apoya en el asesoramiento del Protectorado y solicita de este el informe de idoneidad de los fines y actividades y de adecuación y suficiencia de la dotación. Una vez obtiene la resolución favorable del Protectorado, acude al notario para constituir la fundación y este solicita al Registro su inscripción.

El capítulo III establece las disposiciones sobre el gobierno de la fundación (artículos 14 a 17). En este se regula la estructura, composición y funcionamiento del patronato como órgano colegiado de gobierno y representación de la fundación. En este ámbito, como novedad más reseñable, hay que mencionar la capacidad que se atribuye al Protectorado para designar, previa propuesta del patronato, a los nuevos patronos en aquellos supuestos en que el número de patronos inscritos fuera inferior al mínimo previsto legal o estatutariamente (artículo 15). Además, en este terreno, se establece, por primera vez, una serie de principios de buen gobierno junto con las normas que regulan la responsabilidad de los patronos por los daños y perjuicios; y se prevé novedosamente la posibilidad de que los acreedores de la fundación puedan entablar también la acción de responsabilidad de los patronos (artículo 17).

El capítulo IV prevé las disposiciones relativas al patrimonio de la fundación (artículos 18 a 21). En su regulación destaca la simplificación operada de la vigente clasificación de bienes y derechos que conforman el patrimonio de la fundación, diferenciando entre los bienes y derechos que forman parte de la dotación, de los que no forman parte de la misma (artículo 20).

El capítulo V se ocupa de la regulación del funcionamiento y la actividad de la fundación (artículos 22 a 26). En él, cabe resaltar que para que las fundaciones cumplan con su obligación de realizar sus fines y de dar información acerca de los mismos, así como de garantizar la transparencia de su actividad, se introduce novedosamente la obligación de que estas cuenten con una página web en la que publicarán los datos más relevantes acerca de su actividad, estados financieros y cargos del patronato, así como las subvenciones y ayudas públicas percibidas (artículo 22).

Dentro de este, en lo que atañe a las actividades que puede desarrollar la fundación, ya sean propias o mercantiles, la Memoria que acompaña al Anteproyecto señala que se clarifica la diferencia entre las primeras, aquéllas que la fundación desempeña en cumplimiento de sus fines, y las segundas, cuyo ejercicio se puede realizar como forma de financiación de la fundación (artículo 23). Con esta nueva redacción se eleva a rango legal lo establecido en la actualidad en el artículo 23.1 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal (Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre).

En este capítulo se regulan también las normas de contabilidad y auditoría y las relativas a los planes de actuación de las fundaciones. A este respecto, hay que destacar que se introduce la obligación de auditar las cuentas anuales de aquellas fundaciones que reciban ayudas o subvenciones públicas en virtud de los límites y condiciones que impone la Ley de Auditoría de cuentas y su Reglamento de desarrollo, y se modifica el procedimiento de presentación de cuentas anuales por parte de las mismas (artículo 24). Además, en este terreno (artículo 24), se contempla la posibilidad de establecer la obligación de elaboración de cuentas y planes de actuación por medios electrónicos.

Por otra parte, en la regulación que este capítulo ofrece sobre el destino de los ingresos de las fundaciones, destaca la clarificación de la obligación ya establecida en la Ley 50/2002 de destinar a los fines fundacionales al menos el 70 por 100 de los rendimientos obtenidos por la fundación, computando a tal efecto los beneficios generados por las actividades mercantiles y todos los demás ingresos que perciba la fundación por cualquier otro concepto (artículo 25).

Finalmente, hay que señalar que la regulación de la contratación con personas o entidades vinculadas a la fundación que contempla este capítulo (artículo 26) concreta el ámbito personal de la autocontratación, incluyendo aquellos supuestos en los que puede darse conflicto de intereses. Se establece, además, que no todos los procesos de contratación con personas o entidades vinculadas deben ser objeto de autorización previa.

El capítulo VI establece las disposiciones aplicables a los procesos de modificación, fusión y extinción de la fundación (artículos 27 a 31). En su regulación destaca el extremo de que se añade una nueva causa de extinción: cuando la fundación no haya dado cumplimiento a sus obligaciones de presentación de cuentas anuales o planes de actuación durante al menos tres ejercicios continuados (artículo 29). Esta nueva causa de extinción requerirá, para su apreciación, resolución judicial motivada a instancia del Protectorado (artículo 30).

El capítulo VII regula el Protectorado (artículos 32 y 33). En el mismo se recoge que el Protectorado de las fundaciones de competencia estatal será ejercido por un único órgano de la Administración General del Estado, que se determinará reglamentariamente (artículo 32). Por lo que respecta a la regulación de las funciones del Protectorado, como novedad con respecto de la vigente Ley, destaca en este capítulo la incorporación, en la función de examen previo a la constitución de la fundación, del análisis de su capacidad organizativa poniendo la misma en relación con la dotación de que dispone y los fines que pretenda llevar a cabo (artículo 33).

El capítulo VIII se refiere al Registro de Fundaciones (artículos 34 y 35). Este, entre otros extremos, lo determina como un registro único en el que estarán inscritas todas las fundaciones que desarrollen su actividad en el territorio del Estado español, dependiente del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado y cuya llevanza se encomienda al Registro Mercantil (artículo 34).

El capítulo IX se ocupa del régimen sancionador (artículos 36 a 41). Dicho capítulo constituye una relevante novedad con respecto a la actual Ley ya que el mismo sustituye al todavía vigente capítulo IX, dedicado al Consejo Superior de Fundaciones, que se elimina debido a su inactividad. Este novedoso capítulo introduce el régimen sancionador, en el que las infracciones se tipifican como leves, graves y muy graves (artículo 38) y las sanciones previstas van desde la amonestación, pasando por multas de 1.000 euros a 30.000 euros, hasta la destitución en el cargo de patrono u órgano de gobierno que ocupen y la inhabilitación para ocupar cargos de patrono o en los órganos de gobierno de una fundación por un período de cinco a diez

años (artículo 39). El régimen sancionador se regirá por el procedimiento previsto en el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y en su normativa de desarrollo (artículo 40).

El capítulo X es el relativo a los procedimientos administrativos, la intervención temporal y los recursos jurisdiccionales (artículos 42 a 44). En este, como novedad destacable, se reducen los plazos de tramitación en los procedimientos iniciados por las fundaciones que deban ser resueltos mediante resolución del Protectorado a dos meses, debiendo entenderse estimada la solicitud si transcurrido ese plazo la misma no hubiese sido notificada (artículo 42).

Por último, cabe señalar que se elimina el antiguo capítulo XI que venía a regular las peculiaridades de las fundaciones del sector público estatal, y se establece en la disposición adicional undécima que el Gobierno elaborará un Proyecto de Ley en el plazo no superior a un año que revise y actualice el régimen de estas fundaciones. No obstante, el capítulo XI de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, continuará vigente mientras el nuevo régimen jurídico de las fundaciones del sector público estatal no esté en vigor.

Disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales

La disposición adicional primera excluye de la aplicación de la Ley a las fundaciones gestionadas por el Patrimonio Nacional. La disposición adicional segunda incluye dentro del ámbito de la Ley a las fundaciones de las entidades religiosas. La disposición adicional tercera excluye de la aplicación de la Ley a las fundaciones públicas sanitarias. La disposición adicional cuarta excluye del ámbito de aplicación de la Ley a las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud (aplicándose las disposiciones del capítulo XI con carácter supletorio). La disposición adicional quinta contempla las obligaciones de los notarios en lo referente a la constitución de las fundaciones y sus modificaciones posteriores. La disposición adicional sexta establece que las funciones relativas al depósito de cuentas y la legalización de los libros de las fundaciones corresponden al Registro de Fundaciones. La disposición adicional séptima incluye dentro del ámbito de aplicación de la Ley a las fundaciones vinculadas a los partidos políticos. La disposición adicional octava incluye dentro del ámbito de aplicación de la Ley a las fundaciones laborales. La disposición adicional novena excluye de la aplicación de la Ley a las fundaciones bancarias. La disposición adicional

décima prevé que aquellas fundaciones que a la entrada en vigor de la Ley no hubiesen presentado sus cuentas anuales en los diez últimos ejercicios, incurrirán en la causa de extinción del apartado c) del artículo 29. Respecto de la disposición adicional undécima, relativa a las fundaciones del sector público estatal, cabe remitirse a lo anteriormente señalado sobre la misma. Por último, la disposición adicional duodécima establece cómo habrá de realizarse la inscripción en el Registro de Fundaciones de las fundaciones ya constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

En cuanto a las disposiciones transitorias, la primera se refiere al régimen transitorio general, mientras que la segunda y tercera establecen, respectivamente, unas previsiones transitorias específicas mientras no entren en funcionamiento el Protectorado (único) para las fundaciones de competencia estatal y el nuevo Registro de Fundaciones de competencia estatal.

Por su parte, la disposición derogatoria única dispone que a la entrada en vigor de esta Ley quedarán derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en la misma y, en particular, la Ley 50/2002; y que el capítulo XI de dicha Ley continuará vigente mientras el nuevo régimen jurídico de las fundaciones del sector público estatal a que se refiere la disposición adicional undécima no esté en vigor.

Respecto de las disposiciones finales, destaca la primera en donde se enumeran los preceptos que son de aplicación a todas las fundaciones, sean estatales o autonómicas, bien por regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de fundación (artículo 149.1.1.^a de la Constitución), bien por su naturaleza procesal (artículo 149.1.6.^a de la Constitución), bien por incorporar normas de derecho civil, sin perjuicio de la aplicación preferente del derecho civil foral o especial allí donde exista (artículo 149.1.8.^a de la Constitución) o bien por dictarse en ordenación de los registros e instrumentos públicos (artículo 149.1.8.^a de la Constitución). Los restantes preceptos de la Ley serán de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal.

Finalmente, las disposiciones finales segunda y tercera, versan, respectivamente, acerca del desarrollo reglamentario de la Ley y de la entrada en vigor de la misma, la cual se producirá a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE), a excepción de lo dispuesto en su disposición adicional undécima, que lo hará a los tres meses de la publicación de la Ley en el BOE.

3. Observaciones generales

El sector fundacional en España ha seguido una senda de crecimiento que ha resultado especialmente intensa durante la última etapa de expansión económica previa a la crisis. Según datos ofrecidos por la Asociación Española de Fundaciones, esa tendencia habría llevado a que se duplique aproximadamente cada seis años, tomando el período 1996-2008, el número de fundaciones creadas. En los últimos años de la crisis es posible observar, por su parte, una cierta ralentización en la dinámica de creación de fundaciones junto con un ligero incremento de las extinguidas por diferentes causas, con un balance global de leve disminución de las fundaciones totales registradas, situadas hoy por encima de las 13.000, de las que alrededor de 9.500 son fundaciones activas.

Como se ha recordado en el apartado de antecedentes, estas entidades en su conjunto son empleadoras de un volumen significativo de trabajadores y son responsables asimismo de una proporción no desdeñable de aportación a la actividad económica.

Las anteriores cifras dan cuenta, en todo caso, del desarrollo en nuestro país de un amplio tejido fundacional que, como es sabido, se extiende por diversos campos como la cultura, los servicios sociales y la salud, la educación y la investigación, el empleo y la formación, o el medioambiente, entre otras, que convergen en su contribución a fines de interés general y a objetivos de vertebración social y de impulso económico.

La creación de este tejido de entidades no lucrativas orientadas en conjunto al cumplimiento de objetivos de indudable interés público, con la dimensión y relevancia que alcanza en la actualidad, se ha producido fundamentalmente a partir de dos oleadas legislativas, en desarrollo del derecho constitucional de fundación, comprensivas del régimen jurídico sustantivo y procesal, y del marco de apoyos e incentivos fiscales. De esta forma, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, ya derogada prácticamente en su totalidad, y las Leyes 49/2002 y 50/2002, y el Reglamento de aplicación de esta última (RD 1337/2005) han aportado, en sucesivos períodos de vigencia temporal, el marco de instrumentos jurídicos reguladores de las facultades, obligaciones, cargas, responsabilidades y estímulos para tratar una realidad en expansión y consolidación. Bien es verdad que manteniendo, aún, aspectos necesitados de cierre a fin de completar dicho marco con algunas demandas generalizadas señaladas como urgentes desde el propio sector, como son la unificación del Protectorado, que ahora se prevé llevar a cabo en el ámbito de las fundaciones de competencia estatal, y del Registro de Fundaciones.

De ahí que una iniciativa normativa como la que se trae a dictamen del CES, que entraña, además de los dos importantes elementos mencionados, una revisión de numerosos aspectos del régimen jurídico de las fundaciones, entiende este Consejo que habría sido merecedora de una mayor y más detallada explicación y fundamentación de las razones que la avalan. Ello, máxime a la vista de que los cambios contenidos en el Anteproyecto no parecen haber constituido una demanda sentida por el sector, a excepción de los ya citados relativos al Protectorado y Registro únicos.

Esta preocupación surge porque, sin perjuicio de que se compartan en líneas generales los objetivos enunciados en el Anteproyecto, entre otros fomentar las prácticas de buen gobierno y transparencia en el funcionamiento de las fundaciones, a juicio de este Consejo algunos de los cambios previstos pueden redundar, y de hecho apuntan, a un mayor intervencionismo administrativo, entre otros aspectos, por los nuevos actos para los que se prevé requerir autorización previa, como se alude en posteriores observaciones de índole particular. El escenario de un sector fundacional más intensamente tutelado por parte de la Administración, si no viene adecuada y suficientemente justificado y respaldado, podría en opinión del CES alterar negativamente el equilibrio entre facultades del gobierno de las fundaciones y potestades del órgano protector, entre autonomía y control, introduciéndose rigideces que, a la postre, pueden suponer trabas innecesarias a la constitución y la actividad fundacional.

El riesgo de alumbrar un marco legal de las fundaciones con un excesivo cúmulo de cautelas y limitaciones se pone de manifiesto también, a juicio del CES, en la regulación de otros aspectos clave del Anteproyecto, entre otros el tratamiento de las actividades mercantiles, imprescindibles en numerosos casos como instrumentos para garantizar la viabilidad del cumplimiento de los fines fundacionales, el destino de los ingresos generados o la contratación con personas o entidades que mantienen determinados vínculos con la fundación, como se aborda con más concreción en las observaciones de carácter particular. El tratamiento previsto para estos aspectos resulta en exceso complejo y, en algunos elementos, incluso ambiguo, y en todo caso suscita dudas sobre su idoneidad para satisfacer los fines que busca el Anteproyecto. Fines como son, entre otros, evitar posibles prácticas de dudoso encaje en un marco de libre competencia y de transparencia en la actividad fundacional y en el tráfico mercantil, que este Consejo comparte y avala plenamente, pero que considera que se podrían alcanzar con más garantías y menores riesgos mediante, por ejemplo, una mejor regulación que asegure la identidad y la co-

rrespondencia entre los fines recogidos estatutariamente y las actividades que efectivamente llevan a cabo las fundaciones.

Dichos riesgos de posibles trabas y complejidad regulatoria, además, podrían venir agravados por unas perspectivas de configuración y de dotación material y humana de la figura clave del futuro Protectorado único que no reunieran las suficientes garantías para un funcionamiento ágil y eficiente como instrumento de supervisión especializado en un sector que, como se ha mencionado, está creciendo en dimensión y en complejidad.

Por otra parte, tal como ya manifestó el CES en su Dictamen 2/2002, sobre el Anteproyecto de Ley de Fundaciones, hubiera sido deseable que el dictamen de la regulación sustantiva y procedimental de las fundaciones recogida en este Anteproyecto se acompañara de la futura normativa de carácter fiscal aplicable a estas entidades, al objeto de poder contar con una perspectiva global del marco regulador de las fundaciones. A juicio de este Consejo, la opción legislativa de formular por separado los aspectos sustantivos y los fiscales dificulta la evaluación de la norma que plantea el Anteproyecto, dada la conexión evidente entre ambos extremos, por lo que, en todo caso, este Consejo recomienda que ambos Proyectos de Ley se tramiten paralelamente en las Cortes.

Las consideraciones anteriores no deben obstar, sin embargo, para destacar los aspectos positivos que, en opinión del CES, aporta la norma proyectada. Así, como se ha adelantado, el Anteproyecto da cumplimiento a una demanda del sector fundacional, que ya se contemplaba en las leyes de 1994 y 2002, y que se refiere a la puesta en funcionamiento del Registro de Fundaciones, como un registro único en el que estarán inscritas todas las fundaciones que desarrollen su actividad en el territorio del Estado español, así como la unificación del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal en un único órgano de la Administración General del Estado. A juicio de este Consejo, ambas medidas contribuirán a mejorar la gestión de las fundaciones y a salvaguardar el fin de interés general al que sirven. En efecto, resulta innegable la potencial contribución de estos instrumentos a la mejora de la certeza, la claridad y la seguridad en la promoción y la actividad de las fundaciones, de ahí que el CES estime, además, que sería conveniente incluir en la norma proyectada un horizonte temporal definido para hacer efectiva su implantación y puesta en funcionamiento.

El CES también valora positivamente los avances que introduce el Anteproyecto en términos de eficiencia, a través de las actuaciones relativas a la utilización de medios electrónicos. Y asimismo, en lo que respecta a la técnica legislativa empleada, el CES acoge favorablemente la opción escogida por el legislador al elaborar una nueva Ley, cuya estructura, además, coincide

con la actualmente vigente, ya que permite una mejor comprensión de los cambios proyectados y facilita así la labor consultiva.

Por último, sería deseable que, al igual que ocurriera con el vigente Reglamento de fundaciones de competencia estatal, aprobado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, cuyo proyecto fue dictaminado por el CES (Dictamen 4/2005), este Consejo tuviera oportunidad de pronunciarse sobre los reglamentos que puedan dictarse en desarrollo de las futuras leyes en este ámbito. Y en ese mismo sentido, desea llamar la atención sobre la importancia de que pueda valorar, mediante el correspondiente dictamen, la futura regulación del régimen de las fundaciones del sector público estatal, prevista en la disposición adicional undécima del Anteproyecto.

4. Observaciones particulares

Artículo 9. Modalidades de constitución

El apartado 4 del artículo 9 prevé el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación por el albacea testamentario, los herederos o el Protectorado en determinados supuestos de constitución «mortis causa». Se trata de la misma regla de salvaguarda de los actos de última voluntad *pro fundatione* que ya se contiene en la vigente Ley 50/2002 de Fundaciones, si bien desaparece en el Anteproyecto la referencia a la autorización judicial para que el Protectorado pueda otorgar la escritura en caso de inexistencia o inacción de los sujetos llamados a hacerlo.

En opinión del CES, aunque el precepto mantiene el elemento esencial de la constancia de la voluntad de fundar del testador y de la afectación a tal fin de una serie de bienes y derechos, la diversidad y complejidad de situaciones que se pueden producir en los supuestos de constitución testamentaria habría hecho aconsejable una mejor determinación y delimitación de las facultades que asisten al Protectorado, máxime ante la mencionada supresión prevista de la intervención del órgano judicial.

Artículo 11. Estatutos

En relación a los Estatutos de la fundación, el Anteproyecto objeto de dictamen incorpora como novedad, en el apartado 1.b), que los fines fundacionales «habrán de constar de manera concreta y determinada».

El CES entiende y comparte la finalidad que subyace de evitar definiciones genéricas y reforzar la transparencia en lo que a la actividad de las fundaciones se refiere. No obstante, desea llamar la atención sobre lo escueta y

por ello indeterminada que resulta, a su vez, esta exigencia en la redacción del precepto, al estar carente de una mayor acotación de cuándo la misma podrá considerarse no cumplida. Por ello, estima que sería conveniente una mayor precisión en el tratamiento de este aspecto, que aporte mayor seguridad y evite posibles situaciones de indefensión, especialmente en relación con las decisiones de modificación estatutaria.

Artículo 12. Dotación

El artículo 12 regula la dotación económica, aspecto que resulta clave en el proceso de constitución de la fundación y para la efectividad del derecho mismo a fundar, y sobre el que el CES considera necesario hacer, al menos, las siguientes dos observaciones.

En primer lugar, la norma vigente (Ley 50/2002 de Fundaciones) establece la posibilidad de que la dotación inicial, cuando se trate de una aportación dineraria, pueda efectuarse de forma sucesiva, debiendo ser el desembolso inicial de, al menos, el 25 por 100, y haciéndose efectivo el resto en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación.

Sin embargo, el Anteproyecto objeto de dictamen elimina la posibilidad de desembolso sucesivo, lo que, a juicio de este Consejo, puede suponer una limitación al ejercicio del derecho fundacional, en los casos de fundaciones que, si bien en el momento de gestación disponen de menos recursos, pueden llegar a desarrollar proyectos orientados a fines de interés general de gran valor social. Por tanto, el CES estima conveniente mantener la posibilidad de efectuar la aportación dineraria en forma sucesiva, tal y como contempla la legislación vigente.

En segundo lugar, hay un aspecto muy relevante relativo a la dotación, como es el de su disponibilidad, en el que la regulación proyectada dista de ser clara. Así, mientras que el artículo 12, en su apartado 6, establece la obligación de permanencia de los bienes y derechos dotacionales dentro del patrimonio, otros preceptos incluidos en capítulos posteriores regulan los actos de disposición de aquéllos, como el artículo 20.1 (dentro del capítulo relativo al patrimonio de la fundación), que los somete a autorización previa del Protectorado, o el artículo 25.3, sobre destino de los ingresos. Por ello, el CES considera que sería conveniente adoptar una redacción que aclare este importante aspecto, evitando posibles confusiones o lecturas contradictorias del mismo.

Artículo 13. Procedimiento de constitución

Este artículo regula el procedimiento de constitución de fundaciones. Su apartado segundo establece que el Protectorado dictará y notificará la resolución sobre la idoneidad de los fines fundacionales, así como sobre la suficiencia y adecuación de la dotación, en el plazo máximo de tres meses, entendiéndose desfavorable si transcurrido dicho plazo la misma no hubiese sido notificada.

El CES considera que no está justificado el silencio administrativo negativo en estos supuestos, tanto por entender que las excepciones al silencio positivo deben ser muy limitadas en la concepción que inspira las relaciones entre Administración pública y ciudadanos en el ordenamiento jurídico, como por el hecho de que en esta Ley se avanza hacia la instauración de un Protectorado único que, previsiblemente, afrontará un amplio y complejo volumen de actividad, lo que podría dar lugar a situaciones no deseables de desestimación por la simple no respuesta.

Artículo 14. Patronato

El artículo 14, en su apartado 4, tercer párrafo, establece como novedad una regla de incompatibilidad entre el cargo de patrono y la condición de representante de un patrono persona jurídica, evitando que ambos recaigan en una misma persona física, dentro de una fundación.

Al margen de las razones de fondo que pueden justificar dicha incompatibilidad, el CES desea llamar la atención sobre la confusión que se puede derivar de la redacción formal del precepto, en relación a las personas a las que puede alcanzar tal exclusión, considerando oportuno que se aclare y mejore el enunciado del mismo.

Artículo 17. Buen gobierno y responsabilidad

El artículo 17, en su apartado 1, recoge expresamente por primera vez una serie de principios de buen gobierno que deberán guiar la actividad de los miembros del patronato. Junto a ello, mantiene las reglas de responsabilidad solidaria y acción de responsabilidad de los patronos (apartados 2 y 3). Además incorpora novedosamente la posibilidad de que los acreedores de la fundación puedan entablar también la acción de responsabilidad de los patronos (apartado 4).

A juicio del CES, aunque el apartado 2 fija la responsabilidad de los patronos, sean personas físicas o jurídicas, no se contiene en el conjunto de la

regulación del artículo lo que sería una distinción conveniente entre los miembros del patronato que ostentan la condición de patrono y aquéllos, en su caso, que actúan en representación de un patrono persona jurídica, quienes también deben acomodar su desempeño al deber de diligencia y a los principios de buen gobierno. En opinión de este Consejo, sería deseable que la regulación de la responsabilidad sienta claramente que la misma recae en los patronos personas jurídicas y no sobre las personas físicas que las representan en el seno de la fundación siempre que estas actúen cumpliendo un mandato de la persona jurídica.

Por otra parte, el CES llama la atención acerca de que lo dispuesto en el apartado 4 podría dar lugar asimismo a una interpretación no deseada. Así, este Consejo, aun entendiendo que en este apartado el Anteproyecto contempla estrictamente una acción procesal que los acreedores pueden ejercitar, en los supuestos de insuficiencia patrimonial, por daños causados mediando culpa o negligencia de los patronos, como por ejemplo algunas infracciones incluidas en el régimen sancionador, considera conveniente que se mejore la redacción del mismo en este sentido, a fin de alejar cualquier posibilidad de interpretación en términos de responsabilidad objetiva.

Artículo 22. Cumplimiento de fines y transparencia

El Anteproyecto incorpora como novedad, en el apartado 4 del artículo 22, la obligación de las fundaciones de contar con una página web en la que conste información sobre sus actividades, sus cuentas anuales, sus miembros y las subvenciones y ayudas públicas percibidas. Asimismo, en su apartado 5, establece el deber de aprobar y difundir códigos de buen gobierno.

En primer lugar, el CES comparte la necesidad de establecer mecanismos que promuevan y garanticen la transparencia de las fundaciones y valora positivamente la inclusión en el Anteproyecto de recursos como los que ofrece la red. No obstante, considera que puede resultar excesiva esta exigencia de forma generalizada a todo tipo de fundaciones, con independencia de su dimensión y medios, estimando aconsejable que se consideren vías alternativas tales como la utilización de portales web que ya existen con las suficientes garantías en su funcionamiento y gestión.

Por otra parte, respecto de la exigencia recogida en el apartado 5, el CES considera que la aprobación y difusión de códigos de buen gobierno sería más correcto considerarla una herramienta que las fundaciones asuman voluntariamente, haciendo con ello visible su propósito de transparencia hacia terceros y

hacia la sociedad en su conjunto, máxime teniendo en cuenta que en muchos casos dichos códigos se recogen ya en los estatutos y el carácter público de estos.

Por último, el CES entiende que sería deseable en aras del objetivo compartido de conocimiento y transparencia de las fundaciones, promover un papel verdaderamente activo del Protectorado en este ámbito, desarrollando y haciendo efectivas las funciones que en ese sentido enuncia el artículo 33.

Artículo 23. Actividades de la fundación

El artículo 23 determina las actividades de la fundación, diferenciando entre actividades propias, que son aquéllas que realiza la fundación en cumplimiento de sus fines, no orientadas a la obtención de beneficios, y actividades mercantiles, orientadas a la obtención de beneficios como fuentes de financiación, siempre que el objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de los mismos.

A juicio de este Consejo, una adecuada delimitación de las actividades realizadas por las fundaciones puede contribuir a combatir las prácticas abusivas que en ocasiones realizan algunas fundaciones, al actuar como verdaderas empresas en el mercado e imputar esas actividades a los fines fundacionales, tal y como recoge la Memoria de análisis de impacto que acompaña al Anteproyecto.

Sin embargo, el CES considera que tal y como está redactado este precepto, resulta confusa y ambigua la diferenciación entre ambos tipos de actividades y la regulación resultante puede ser problemática para la gestión y viabilidad de numerosas fundaciones.

A mayor abundamiento, el apartado 6 de este artículo señala que no podrá entenderse que las actividades de la fundación se realizan en cumplimiento de sus fines cuando consistan en actividades desarrolladas por sociedades mercantiles, lo que deja desprotegidos a algunos tipos de fundaciones, como son fundamentalmente las de carácter social, que en ocasiones crean sus propias sociedades mercantiles para atender a sus fines fundacionales, mediante, por ejemplo, centros asistenciales o centros de formación.

De este modo, el CES estima necesario que el Anteproyecto delimite con mayor precisión y claridad lo que se entiende por actividades propias de la fundación y por actividades mercantiles, del mismo modo que sería conveniente que la futura norma asegure la identidad y correspondencia entre los fines de la fundación y las actividades que realiza, en línea con lo señalado en las observaciones generales.

Artículo 25. Destino de ingresos

El artículo 25 regula el destino de los ingresos de la fundación, señalándose, en el apartado 1, la obligación de destinar a la realización de los fines previstos en sus Estatutos, al menos el 70 por 100 de los ingresos del excedente de la cuenta de resultados que obtengan por cualquier concepto, deducidos los gastos derivados de sus actividades mercantiles.

A este respecto, el CES considera confusa la redacción de este precepto, en la medida en que no queda claro a qué se refiere con los términos «ingresos del excedente»; indeterminación que, a su juicio, podría dar lugar a discrecionalidad administrativa. Del mismo modo, si bien es cierto que el porcentaje del 70 por 100 no varía respecto a la legislación vigente, el CES echa en falta una adecuada justificación del mismo. Por todo ello, el CES estima conveniente definir y desarrollar con mayor claridad los conceptos recogidos en este precepto, en aras de una mayor seguridad jurídica.

Por otra parte, el CES quiere llamar la atención sobre lo que considera una técnica normativa no adecuada, como es el detalle regulatorio recogido en el conjunto del artículo, rayano en un cierto reglamentismo, que contrasta con la indeterminación y el margen de discrecionalidad que se desprende del apartado 6, en el que se señala, como una especie de cláusula de cierre que, en todo caso, deberá existir una adecuada proporcionalidad entre los recursos empleados, las actividades realizadas y los fines conseguidos; proporcionalidad que, de acuerdo con el Anteproyecto, deberá ser al final objeto de apreciación por el Protectorado.

Artículo 26. Contratación con personas o entidades vinculadas

El artículo 26 regula, de manera bastante extensa y novedosa, las definiciones, requisitos y límites a la actividad de contratación de la fundación con personas físicas o jurídicas que tengan determinados vínculos con ella.

Al respecto el CES, en primer lugar, reconoce lo positivo del propósito que anima a dicho precepto de dotar de una regulación más concreta a la llamada autocontratación en la Ley vigente. Sin embargo, este Consejo no comparte el contenido de la regulación proyectada por el cariz excesivamente restrictivo de la dinámica fundacional que se desprende de las reglas del Anteproyecto, valoración que debe ponerse en relación y que está en línea con lo expresado respecto de otras materias anteriormente consideradas dentro de la gestión económica de estas entidades, como son las actividades mercantiles de las fundaciones o el destino de los ingresos, entre otras.

A juicio del CES, en primer lugar, los umbrales económicos cuya superación exigirá la autorización previa del Protectorado resultan manifiestamente reducidos a la luz de la realidad y necesidades del tejido fundacional. Junto a ello, la enumeración de personas o entidades que se consideran vinculadas a la fundación resulta notablemente extensa en consideración de esas mismas necesidades. El CES considera que sería aconsejable tener en cuenta una realidad dinámica de las fundaciones en la que, en muchos casos, la contratación de estas con entidades que según el Anteproyecto se consideran vinculadas responde a razones de ahorro y eficiencia en el suministro de bienes o servicios que precisamente contribuyen a la viabilidad de la actividad propia fundacional. Introducir un régimen de autorizaciones previas para unos umbrales económicos reducidos y en relación con un ámbito subjetivo tan amplio de personas y entidades supondría, en opinión de este Consejo, un mecanismo disfuncional y gravoso para el funcionamiento de una buena parte del tejido fundacional, máxime si no se cuenta con un Protectorado cuya capacidad de actuación real responda a criterios de agilidad y celeridad en su actuación.

Capítulo VI. Modificación, fusión y extinción de la fundación

El capítulo VI regula algunas de las transformaciones y situaciones en la vida de las fundaciones, comenzando por las modificaciones estatutarias.

A juicio del CES, este Anteproyecto brinda una inmejorable oportunidad para dotar a las fundaciones de un régimen jurídico más completo en relación con las modificaciones estructurales que pueden necesitar y afrontar las fundaciones, incorporando otras situaciones y supuestos, en línea con el marco con el que cuentan las sociedades mercantiles.

Una regulación de esta naturaleza, por otro lado, debería llevar, en opinión de este Consejo, a replantear la oportunidad de mantener en los términos actuales determinados mecanismos, que ya existen en la norma vigente, como las fusiones contempladas en el artículo 28.4 del Anteproyecto.

Artículo 27. Modificación de los Estatutos

El artículo 27 regula las modificaciones estatutarias. El apartado 4 introduce una nueva autorización previa del Protectorado en los casos en que dichas modificaciones afecten a los fines fundacionales o a la voluntad del o de los fundadores.

En opinión del CES, esta previsión puede suponer una ralentización en la actividad de las fundaciones si, como se señala en otras observaciones, el

Protectorado no goza de las condiciones que aseguren un funcionamiento ágil y con celeridad.

Artículo 29. Causas de extinción

El artículo 29.f) establece que la fundación se extinguirá, entre otras causas, por no haber cumplido con sus obligaciones de presentación de cuentas anuales o planes de actuación durante al menos tres ejercicios continuados. A este respecto, cabe apuntar que la exposición de motivos del presente Anteproyecto señala que en la actualidad un porcentaje significativo de las fundaciones inscritas en los Registros de Fundaciones estatales son fundaciones inactivas (extinguidas de hecho), ya que no realizan actividades.

En atención a ello, a juicio del CES sería conveniente que en este punto existiera una regulación más clara que recogiera los criterios para identificar cuándo una fundación está inactiva y, por lo tanto, procede su extinción, o bien que se suprimiese la mención de la exposición de motivos con el fin de evitar la contradicción con el articulado.

Artículo 34. El Registro de Fundaciones

El artículo 24 recoge las disposiciones relativas al Registro de Fundaciones, cuya llevanza se encomienda al Registro Mercantil. Su apartado quinto establece que no se cobrará arancel por el acceso a los datos del Registro de Fundaciones a las Administraciones públicas y a los órganos judiciales, en el ejercicio de sus competencias, así como al Protectorado.

En opinión del CES, teniendo en consideración que el de las fundaciones es un sector no lucrativo y con fines de interés general, sería necesario y positivo que se estableciese, en todo caso, la gratuidad de los aranceles del Registro Mercantil a la hora del acceso, por parte de los interesados, a los datos del Registro de Fundaciones. Subsidiariamente, a juicio del CES, sería conveniente que se estableciera algún tipo de graduación en la cuantía del arancel que tome en consideración la capacidad económica de los usuarios.

Capítulo IX. Régimen sancionador

En el capítulo IX, sobre el régimen sancionador, se determina que serán responsables de la comisión de las infracciones tipificadas los patronos de la fundación y el secretario del patronato cuando no ostente la condición de patrono, siempre que sea determinable su responsabilidad individual en la comisión de la infracción correspondiente (artículo 37). A juicio del CES,

este extremo, a la hora de determinar responsabilidades entre las personas miembros del patronato, debe ser objeto de idénticas consideraciones a las ya hechas en la observación particular al artículo 17, a las que cabe remitirse.

Por otra parte, el CES considera que no resulta coherente y proporcionado el que el Anteproyecto otorgue al Protectorado mayores poderes, en ocasiones en detrimento de las facultades que hasta ahora viene ostentando el patronato, y que esto no tenga el correspondiente reflejo en el régimen sancionador, en el que la responsabilidad, que solamente recae en los patronos y en su caso el secretario, aparece en ocasiones cercana a una de tipo objetivo como puede ser, entre otros casos, la mera tenencia de fondos propios negativos en el balance.

5. Conclusiones

El CES remite las conclusiones del presente dictamen a las que se desprenden de las observaciones generales y particulares contenidas en el mismo.

Madrid, 24 de septiembre de 2014

V.º B.º El Presidente

Marcos Peña Pinto

La Secretaria General

Soledad Córdova Garrido