

ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES
2009

**ANUARIO
DE DERECHO
DE FUNDACIONES
2009**



Asociación Española de Fundaciones



iustel

1.ª edición, 2009

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

© 2009, by Santiago Muñoz Machado y otros
Iustel
Portal Derecho, S. A.
www.iustel.com
Princesa, 29. 28008 Madrid
ISBN: 978-84-9890-064-4
Depósito legal: M. 41.656-2009
Printed in Spain - Impreso en España
por Sociedad Anónima de Fotocomposición

ANUARIO DE DERECHO DE FUNDACIONES

Consejo de Redacción

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
(director)

CARLOS ÁLVAREZ JIMÉNEZ

REMIGIO BENEYTO BERENGUER

RAIMON BERGÓS CIVIT

ALEJANDRO BLÁZQUEZ LIDOY

JORGE CAFFARENA LAPORTA

MIGUEL CRUZ AMORÓS

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO

JORGE GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ

RAFAEL DE LORENZO GARCÍA

CARLOS PARAMÉS MONTENEGRO

ISABEL PEÑALOSA ESTEBAN

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS

ALICIA REAL PÉREZ

ENRIQUE RUA ALONSO

TERESA SANJURJO GONZÁLEZ

ÁLVARO VILLAGRÁN Y DE VILLOTA

Sumario (*)

ESTUDIOS

El régimen especial del IVA en las Fundaciones

MIGUEL CRUZ AMORÓS

Socio de Landwell-PricewaterhouseCoopers

Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión

JORGE CAFFARENA LAPORTA

Catedrático de Derecho Civil

Universidad Carlos III de Madrid

Renta e ingresos

AMADEO PETITBÒ JUAN

Catedrático de Economía Aplicada

Universidad Complutense de Madrid

FRANCISCO HERNÁNDEZ MARCOS

Ex Becario de la Fundación Rafael del Pino

Protección de datos personales y Fundaciones

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad San Pablo-CEU de Madrid

Obligaciones y responsabilidad de los patronos

JOSÉ MIGUEL EMBID

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad de Valencia

Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Complutense de Madrid

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

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES EN LAS CC.AA.

Legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de fundaciones

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

La legislación de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

EDORTA COBREROS MENDAZONA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco

Normativa sobre fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

MARTÍN M.^a RAZQUIN LIZARRAGA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

Las fundaciones en Castilla-La Mancha

DOLORES UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO
Becaria de Investigación de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Las fundaciones en Asturias

ALEJANDRO HUERGO LORA
JAVIER GARCÍA LUENGO
Profesores Titulares de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

Las fundaciones en las Illes Balears

AVELINO BLASCO ESTEVE
Catedrático de Derecho Administrativo
Universitat de les Illes Balears

Derecho andaluz de fundaciones

MANUEL REBOLLO PUIG
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba
MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS
Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán

JOAQUÍN TORNOS MAS

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

MARÍA DEL MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Becaria de Investigación
Universidad Abat Oliba**La legislación de fundaciones de Canarias**

FRANCISCO VILLAR ROJAS

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

MARÍA ELENA SÁNCHEZ JORDÁN

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Laguna**Las fundaciones en Castilla y León**

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid**Las fundaciones de interés gallego**

JOSÉ LUIS CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

LUIS MIGUEZ MACHO

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

MARCOS ALMEIDA CERREDA

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela**Las fundaciones en la Comunidad de Madrid**

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad San Pablo-CEU de Madrid

ALICIA REAL PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Derecho de fundaciones en Extremadura

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Extremadura

PEDRO BRUFAO CURIEL

Catedrático de Escuela Universitaria Interino de Derecho Administrativo

Universidad de Extremadura

DOCUMENTACIÓN**Nota sobre la evolución hacia un Estatuto de Fundación Europea****Jurisprudencia sobre fundaciones**M.^a NATALIA MATO PACÍN

Becaria de Investigación FPI

Universidad Carlos III de Madrid

Legislación estatal

ESTUDIOS

El régimen especial del IVA en las Fundaciones

Miguel Cruz Amorós

Socio de Landwell-PricewaterhouseCoopers

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CAPTACIÓN DE LAS FUNDACIONES POR EL IVA.—III. LOS PROBLEMAS CONCRETOS QUE PLANTEA LA NORMATIVA ESPAÑOLA DEL IVA A LAS FUNDACIONES.—IV. POSIBLE NO SUJECCIÓN GENÉRICA DE LAS OPERACIONES REALIZADAS POR LAS FUNDACIONES.—V. APLICACIÓN DEL TIPO CERO O DE TIPOS REDUCIDOS A LAS OPERACIONES REALIZADAS POR O PARA LAS FUNDACIONES.—VI. AMPLIACIÓN DEL REPERTORIO DE EXENCIONES APLICABLES A FUNDACIONES Y OTRAS ESFL O RENUNCIA A LAS MISMAS.—VII. OPERACIONES A PRECIOS REDUCIDOS.—VIII. LAS OPERACIONES A TÍTULO GRATUITO.—IX. CONCLUSIONES.

I. Introducción

Las Fundaciones y el IVA no se relacionan bien como tampoco, en general, las denominadas Entidades sin fin de Lucro (ESFL), sean Asociaciones, ONGs, entidades públicas, entidades religiosas, entidades singulares al servicio de intereses generales, etc., aunque aquí debemos ocuparnos fundamentalmente de las Fundaciones.

Tampoco el IVA armonizado ha tenido mucha sensibilidad para captar las singularidades del Tercer Sector, salvo en el capítulo de las exenciones y de manera superficial. Realmente, esta cuestión está pendiente de una reflexión en profundidad que no termina de avanzar por los obstáculos técnico-políticos del proceso de armonización fiscal comunitaria.

Hay que advertir, sin embargo, que tampoco ha sido fácil la convivencia de las Fundaciones con el Impuesto sobre Sociedades, enemigo natural de entidades que se definen por la atención a fines de interés general, actividad sustitutiva del Sector Público, prestaciones fundamentalmente gratuitas, la afectación indefinida de su patrimonio y, en definitiva, la falta de finalidad lucrativa. De hecho, solamente la exención prácticamente total de sus rentas ha puesto paz a un largo contencioso iniciado con la Reforma Fiscal de 1977-78.

No es de extrañar, por tanto, que tales entidades se sientan igualmente incómodas ante el IVA, impuesto netamente empresarial, por diversas razones:

1. El IVA es un impuesto concebido, en principio, para actividades empresariales con finalidad de lucro y adaptado a sus características estructurales.

2. El IVA conlleva complejas obligaciones formales aparte de las materiales: facturación, registros, declaraciones informativas periódicas, etc., que resultan costosas y de onerosa gestión para estructuras administrativas débiles como las que, en general, gestionan las Fundaciones.

3. La sensación de merma de recursos operativos para la consecución de sus fines, que produce el IVA soportado por repercusión y no recuperable, está plenamente afirmada en el sentir del mundo fundacional y más en particular de aquellas ESFL con complejos proyectos de asistencia social nacional e internacional, que requieren para su ejecución volúmenes importantes de compras de bienes y servicios gravados por el Impuesto.

4. La regulación armonizada y, subsiguientemente, la nacional, de las exenciones que afectan a las Fundaciones es parcial y confusa y su consecuencia principal, la no deducción de las cuotas soportadas por la adquisición de bienes o servicios que utilicen para sus actividades.

Se trata, en definitiva, de efectos derivados de las características esenciales de un tributo que ha sido armonizado en el ámbito de la Unión Europea, de forma que todos los Estados Miembros están obligados a respetar el Derecho Comunitario regulador de este Impuesto, representado fundamentalmente por la Directiva 2006/112/CE, de 26 de noviembre de 2006, que ha refundido todas las disposiciones anteriores sobre esta materia.

Dichas características, a efectos de lo que aquí nos interesa, pueden sintetizarse en las siguientes:

— El IVA se ha concebido como un tributo armonizado en el ámbito comunitario, que grava el consumo de bienes y servicios producidos o comercializados en el desarrollo de actividades económicas.

— El eje de su funcionamiento lo constituye la técnica de la repercusión y deducción, que permite a los empresarios o profesionales recuperar la carga fiscal soportada en sus adquisiciones, de forma que sólo estarán obligados a ingresar el impuesto correspondiente al valor que añaden a los bienes o servicios que, respectivamente, entregan o prestan.

— Las exenciones alteran el funcionamiento del IVA ya que interrumpen la cadena de deducciones, de forma que los sujetos pasivos exentos sólo lo son parcialmente.

En cuanto excepciones al principio general de gravamen de todas las operaciones empresariales, las exenciones se aplican a operaciones muy concretas, por razones de interés general o para evitar distorsiones de competencia.

Además, el ejercicio del derecho a la deducción se complica cuando los empresarios o profesionales utilizan simultáneamente los bienes o servicios adquiridos en operaciones gravadas y exentas, porque entonces sólo pueden deducirse una parte de las cuotas soportadas en sus adquisiciones, aplicando la regla de prorrata, o sea, la proporción entre el volumen de las operaciones gravadas y el volumen del total de las operaciones realizadas.

— Los tipos impositivos del IVA se encuentran, asimismo, fuertemente regulados, sin que los Estados Miembros dispongan de márgenes de maniobra, más allá de los aprobados por la Directiva de armonización, para modificarlos.

II. La captación de las Fundaciones por el IVA

Como hemos avanzado, las Fundaciones, como las demás ESFL, tienen difícil encaje en el IVA, porque este tributo tiene por objeto el gravamen de actividades empresariales cuya finalidad principal es la obtención de lucro, mientras que las referidas entidades son de carácter social y sus objetivos están lejos de la consecución de beneficios.

Las Fundaciones no se crean para conseguir beneficios sino para atender necesidades de la sociedad o de los individuos, de modo que, con frecuencia, realizan operaciones a título gratuito o a precios reducidos y, cuando actúan con precios de mercado, se presume que los beneficios revierten a la financiación de las actividades sociales que constituyen su objetivo primordial.

Sin embargo, las Fundaciones pueden ser titulares de actividades empresariales sujetas al IVA, porque disponen de una organización que actúa con autonomía e intervienen en la producción o comercialización de bienes o servicios, lo que determina su condición de sujeto pasivo del IVA independientemente de cuáles sean los fines o resultados perseguidos en la actividad o en cada operación en particular, como resulta de lo previsto en el artículo 4.tres de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto, redactado en armonía con el artículo 9.1, párrafo primero, de la Directiva 2006/112/CE citada.

Más aún, dentro del ámbito de sus actividades empresariales es frecuente, como se ha indicado antes, que realicen entregas de bienes o prestaciones de servicios a precio reducido, a título gratuito o que, por su naturaleza, estén exentas del IVA y esta diversidad operativa es precisamente la que provoca efectos financieros indeseables.

Cuando las operaciones de las Fundaciones, sean a título gratuito u oneroso, sean ajenas a la actividad empresarial, no estarán sujetas al Impuesto y las

Fundaciones actuarán respecto de ellas como consumidores finales, sin posibilidad de recuperar el IVA soportado.

Finalmente, cuando las operaciones, empresariales o no, realizadas por las Fundaciones estén exentas del Impuesto, tampoco podrán recuperar las cuotas soportadas en las adquisiciones total o parcialmente utilizadas para la realización de dichas operaciones exentas.

III. Los problemas concretos que plantea la normativa española del IVA a las Fundaciones

Han sido tratados ampliamente por nuestra doctrina en relación con las ESFL, pudiendo citarse, por todos, la excelente monografía de Alejandro Blazquez Lidoy: *Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro*, publicada por el Instituto de Estudios Fiscales (Madrid, 2007), con un interesante prólogo de Carlos Palao Taboada. Por ello, nos referiremos a esta cuestión sintéticamente para centrarnos preferentemente en la búsqueda de alternativas a los problemas identificados.

En primer lugar, la tributación del autoconsumo [arts. 9.1.b) y 12.2 y 3 de la LIVA] genera grandes incertidumbres sobre la situación tributaria de Fundaciones y ESFL, por las consecuencias que derivan de la realización de operaciones gratuitas a efectos del IVA, que pueden variar desde la irrelevancia hasta el deber de tributar por IVA con todas sus consecuencias y complejidades en materia de determinación de la base imponible y deducciones, sobre todo cuando se realizan actividades gratuitas y actividades sujetas al IVA al mismo tiempo. De ello tratamos más adelante.

Del carácter pernicioso de las exenciones interiores para el IVA y para los sujetos pasivos del IVA ya hemos hablado. La cuestión adicional en España ha sido el carácter aparentemente optativo de las exenciones específicamente aplicables a las ESFL, que ha permitido moderar aquel efecto pernicioso, pero que se mantiene en un marco de incertidumbre permanente por su aparente contradicción con los criterios de aplicación que resultan de las Directivas comunitarias y la doctrina del Tribunal de Justicia de la CE ¹.

Son problemas también los que afectan a la determinación de la base imponible del IVA de las ESFL, cuando se introduce la gratuidad en su esquema de tributación y dada la importancia de las subvenciones en la financiación de muchas ESFL, los propios problemas de la tributación de las subvenciones,

¹ C. CUESTA y E. S. MAZO, «Las entidades sociales quedan bajo la amenaza de una subida del IVA», *Expansión*, 10 de abril de 2009.

tampoco bien resueltos en la legislación española. No obstante, en estos últimos supuestos nos encontramos con aspectos generales del IVA que se manifiestan con especial intensidad en el mundo de las ESFL como ocurre también con la aplicación de los sistemas de deducción de IVA soportado, dada la realización simultánea por las ESFL de operaciones gravadas y no gravadas, por resultar estas últimas no sujetas o exentas.

Todo lo anterior determina claramente que la compatibilidad de Fundaciones y ESFL con el IVA sólo puede conseguirse estableciendo determinadas excepciones para ellas en el normal funcionamiento del Impuesto, por lo que a continuación desarrollaremos algunas alternativas con esa finalidad, por si fueran de utilidad para los poderes públicos competentes, sean nacionales o comunitarios.

IV. Posible no sujeción genérica de las operaciones realizadas por las Fundaciones

Las Fundaciones son entidades que no se adaptan bien a la estructura y funcionamiento del Impuesto sobre el Valor Añadido, porque no persiguen el lucro en el desarrollo de sus actividades, contrariamente a lo que ocurre con los empresarios o profesionales en la vida económica. Por ello, atribuir a dichas entidades la condición de sujetos pasivos del IVA y someterles a la normativa de este Impuesto resulta claramente forzado.

Por tanto, una primera solución sería excluir a estas entidades del ámbito del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Esta solución sería posible modificando el artículo 9 de la Directiva comunitaria, que define al empresario o profesional a efectos del Impuesto, para excluir de él a las ESFL, bien sea con carácter general o bien en cuanto realicen operaciones incluidas en el ámbito objetivo de alguna exención.

Sin embargo, esta solución, que quizá no encontrase demasiadas dificultades a nivel europeo, no resolverá todos los problemas porque convertiría irremisiblemente a dichas entidades en consumidores finales, sin posibilidad alguna de recuperar el Impuesto soportado. A cambio conseguirían evitar todos los costes formales y habría una clara seguridad jurídica en el desarrollo de sus actividades desde el punto de vista fiscal.

La solución, además, podría ser contestada desde algunos sectores de ESFL, en cuanto que podría empeorar su situación, caso de las ONG de Desarrollo o que tuvieran sus destinatarios en general en terceros países no comunitarios, aunque algunas reglas particulares del tipo de la que ya permite adquirir en la

UE con exención cuando se justifica el destino a la exportación de los bienes podrían resolver la cuestión.

No obstante, considerando todos los problemas que se producen en la aplicación del IVA y dado que esta alternativa no permite su recuperación, contemplaremos otras que mantendrían a estas entidades en el ámbito del Impuesto, con excepciones a las reglas generales para remediar, en la mayor medida posible, las dificultades existentes.

V. Aplicación del tipo cero o de tipos reducidos a las operaciones realizadas por o para las Fundaciones

Con la Directiva 92/77/CEE, incorporada en los artículos 96 y siguientes de la Directiva 2006/112/CE, se consiguió una armonización de los tipos impositivos del IVA en el seno de la Unión Europea, en el marco, más ambicioso a largo plazo, de orientar la política fiscal comunitaria hacia el acercamiento, sin desviaciones, de los tipos impositivos aplicados en los diferentes Estados Miembros. Ha de reconocerse que hasta la fecha se ha mantenido este criterio, salvo muy particulares excepciones, aprobadas sólo después de laboriosas y controvertidas deliberaciones.

La Directiva establece un tipo general no inferior al 15% y uno o dos tipos reducidos no inferiores al 5%, aplicables a los bienes y servicios comprendidos en una lista *numerus clausus* incorporada como anejo a la misma, suprimiéndose los tipos extremos que se aplicaban antes, como el tipo cero y los tipos superiores al 30%. España, incluso, llegó a aplicar el tipo cero durante los años 1987 y 1988 a los servicios de abogados y procuradores, a los servicios prestados por asociaciones deportivas y a los espectáculos deportivos.

Es cierto también que se aprobaron determinadas y concretas excepciones a las reglas generales, como el tipo cero para el Reino Unido e Irlanda, que se planteó en su momento como una cuestión de Estado, y ciertos tipos reducidos inferiores al 5% para superar situaciones de compromiso, y que, posteriormente, se establecieron otras excepciones a favor de algunos Estados Miembros, acordadas con motivo de su integración en la Unión Europea, aunque estas últimas se aprobaron con carácter temporal.

En cualquier caso, la finalidad clara de la Directiva era armonizar la estructura de tipos de los Estados Miembros e impulsar el acercamiento de los mismos para favorecer la neutralidad y la libre competencia en el ámbito de la Unión Europea, y se han rechazado todas las iniciativas de modificación, salvo la excepción de aplicar un tipo reducido a determinados servicios con

gran intensidad de mano de obra, que tenía un plazo de caducidad definitivo el 1.1.2010.

Esta filosofía llega hasta el momento presente, ya que el Consejo Europeo de diciembre de 2008 pidió al Consejo ECOFIN que resolviera, antes del mes de marzo de 2009, sobre la posibilidad de aplicar tipos reducidos de IVA en determinados sectores.

Las conclusiones del Consejo ECOFIN, en su sesión de 10 de marzo de 2009, no pueden ser más desalentadoras, ya que, sin perjuicio de alcanzar un acuerdo sobre la posibilidad de aplicar tipos reducidos de IVA con carácter permanente a una serie de bienes o servicios, que ya disfrutaban en su gran mayoría del beneficio, declaran con absoluta rotundidad «... *que los tipos reducidos del IVA pueden tener repercusiones económicas positivas o negativas según las circunstancias, de manera que, antes de que un Estado Miembro decida recurrir a la opción de aplicar tipos reducidos del IVA, ha de estudiar siempre otras posibles soluciones más eficientes*».

Ante esta situación, debe reconocerse que las posibilidades de conseguir una reducción de tipos impositivos para las ESFL son muy escasas, ya que la aplicación de tipos reducidos y, más aún, del tipo cero, a todas las operaciones realizadas por o para las Fundaciones parece un objetivo inalcanzable en la actual estructura de tipos impositivos adoptada en el ámbito comunitario.

No hemos de olvidar que el beneficio más interesante sería reducir el IVA soportado por las ESFL, ya que, en general, sus actuaciones estarán bien exentas, bien no sujetas o, incluso, en determinados casos, ya tributan al tipo reducido. En efecto, los servicios culturales, deportivos o asistenciales tributan por el tipo reducido cuando no están exentos (normalmente por prestarse por entidades que sí tienen fin de lucro o, simplemente, no han solicitado el reconocimiento de su carácter de ESFL).

Cabría, por tanto, proponer una reducción del tipo impositivo aplicable a las operaciones de que son destinatarias las ESFL limitada o no a conceptos sujetos al IVA y que sean gastos o inversiones regulares para las ESFL. A título de ejemplo cabe citar arrendamientos, adquisición de productos y sistemas informáticos, o cualesquiera otros que pudieran identificarse. En todos los casos la justificación sería siempre que el cliente o destinatario de bienes y servicios es una ESFL, que habría de poder demostrar ante su proveedor esta circunstancia. Ha de reconocerse que no es frecuente que el tipo se construya sobre una base finalista en el IVA pero algún precedente puede citarse (viviendas, agricultura,...) y ha sido aceptado.

VI. Ampliación del repertorio de exenciones aplicables a Fundaciones y otras ESFL o renuncia a las mismas

1. Las exenciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido están comprendidas en el Título IX de la Directiva 2006/112/CE, que enumera, con carácter exhaustivo, las operaciones a las que se aplican, bien sea con carácter obligatorio u optativo.

No cabe, en modo alguno, aplicar la exención del Impuesto a operaciones distintas de las indicadas, circunstancia que lleva ya a formular una primera conclusión en esta materia: no es conforme a la normativa armonizada del Impuesto aplicar la exención a las operaciones realizadas por las Fundaciones o para las Fundaciones que no estén comprendidas en el mencionado Título de la Directiva.

2. Por tanto, la modificación de la tabla de exenciones comprendidas en la Directiva tropieza con dificultades análogas a las apuntadas para la modificación de los tipos impositivos, ya que los Estados Miembros están obligados a contribuir al Presupuesto comunitario con una parte de la recaudación obtenida por este tributo, que se cifra en un porcentaje de la total base imponible de las operaciones empresariales sujetas y no exentas al Impuesto y localizadas en cada uno de los Estados Miembros. Quedan excluidas, por tanto, de esta contribución las operaciones exentas, lo que justifica la vigilancia estricta que la Comisión realiza sobre las legislaciones nacionales para comprobar que se ajustan a la Directiva en materia de exenciones y su oposición al aumento de las mismas que tendría por efecto la minoración de los ingresos presupuestarios.

3. La preferencia por la renunciabilidad a las exenciones actualmente existentes debería tener en cuenta que su aplicación no produce siempre las distorsiones que, a veces, se señalan para justificar la opción por su inaplicación.

Es cierto que las exenciones interrumpen la cadena de las deducciones, pero siempre producen un beneficio para el destinatario de la operación, aunque éste sea (como ocurre en la mayoría de los casos para las operaciones exentas) un consumidor final, ya que la exención permite no repercutir el Impuesto correspondiente al valor añadido por el último empresario de la cadena, el que entrega el bien o presta el servicio al consumidor final.

En efecto, supongamos una Fundación que, respecto de una operación concreta y en condiciones normales, compra por valor de 1.000, soporta una cuota de 160, añade valor por importe de 300, vende por 1.300 y repercute al consumidor final 208 de IVA (16%/1.300). El resultado es que en la cuenta

fiscal repercute 208 de IVA, se deduce 160 e ingresa 48, vendiendo al destinatario por 1.300 más 208 de IVA, lo que hace un total de 1.508.

Si la operación estuviese exenta, no se deduciría la cuota soportada (160), que sería un mayor coste y vendería por precio de compra (1.000) + valor añadido (300) + IVA no deducido (160) = 1.460. Es decir, el precio de venta sería inferior al del supuesto en el que la misma operación no está exenta con el consiguiente beneficio para el destinatario.

Por ello, una eventual opción por la sujeción al IVA no debiera ser pretendida al margen de la consecución simultánea de un tipo cero o super-reducido, modificación que requeriría en todo caso, como hemos ya indicado del apoyo comunitario y que consideramos muy difícil.

VII. Operaciones a precios reducidos

Otra cuestión a considerar en el funcionamiento de las Fundaciones y otras ESFL es la realización de operaciones a precios reducidos, con frecuencia incluso inferiores al coste.

Es una práctica que se da con habitualidad en la actividad de las Fundaciones y que determina o puede determinar que el importe de las cuotas devengadas sea inferior al de las soportadas, produciéndose así un saldo de Impuesto a su favor que, normalmente, se recupera con bastante retraso si se aplica el procedimiento general de las deducciones, originándose con ello costes financieros que deben compensarse con fondos propios.

Este problema, dejando ahora al margen las cuestiones que este tipo de operaciones suscitan en cuanto a la determinación de su base imponible, podría solucionarse con la solicitud de aplicación del procedimiento de devolución rápida previsto en el artículo 116 de la Ley del IVA, tal y como ha sido modificado por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, para generalizar la posibilidad de obtener la devolución mensual del saldo de IVA existente a favor del contribuyente al final de cada período de liquidación, cualquiera que sea la naturaleza de sus operaciones y el volumen de éstas, según desarrollo reglamentario efectuado por el Real Decreto 2126/2008, de 26 de diciembre, por el que se modifica el artículo 30 del Reglamento del IVA.

En cuanto a la permanencia de esos precios reducidos, ha de advertirse la modificación operada en la normativa del IVA en 2006 en relación con la base imponible de las operaciones vinculadas, que exige tributar por el valor normal de mercado y que debe ser siempre considerada al analizar este tipo de precios. En concreto, el artículo 79.5, párrafo primero d), señala que existirá

vinculación cuando se produzcan *«operaciones realizadas entre una entidad sin fines lucrativos a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 49/2002... y sus fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno, los cónyuges o parientes hasta el tercer grado inclusive de cualquiera de ellos»*, norma poco meditada, sin duda, que generará sus propios problemas, salvo que el criterio administrativo de aplicación se ajuste a dos principios claros:

a) Aplicación del régimen de operaciones vinculadas exclusivamente a operaciones de ESFL cuando realicen entregas de bienes o prestaciones de servicios, pero no cuando sean receptoras de dichas operaciones.

b) Jerarquía en la aplicación del régimen de autoconsumo sobre la norma de operaciones vinculadas.

VIII. Las operaciones a título gratuito

1. El hecho imponible en este Impuesto se define en el artículo 2 de la Directiva 2006/112/CE, según el cual están sujetas al mismo las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas a título oneroso por empresarios o profesionales.

La onerosidad o existencia de una contraprestación efectuada por quien recibe los bienes o servicios resulta esencial en el concepto del hecho imponible, de forma que las operaciones efectuadas a título gratuito, en principio, no están sujetas al Impuesto ni, por tanto, debe repercutirse por ellas cuota alguna.

No obstante, por razones de neutralidad, están sujetas al Impuesto determinadas operaciones realizadas a título gratuito: son los denominados autoconsumos de bienes o de servicios, definidos en los artículos 9 y 12 de la Ley del IVA y en los artículos 16 y 26 de la Directiva.

2. Según los preceptos indicados, los autoconsumos estarán sujetos al Impuesto cuando la operación se realice a título gratuito y al sujeto pasivo que efectúe tales operaciones se le haya atribuido el derecho a deducir total o parcialmente el Impuesto soportado por la adquisición de los bienes o elementos componentes utilizados en las mismas.

Además, como reiteradamente ha señalado el TJCE, dado que los autoconsumos constituyen una excepción a la regla general de gravamen en el Impuesto, el concepto de los mismos debe interpretarse restrictivamente.

En el ámbito empresarial, las teorías y doctrinas sobre el autoconsumo han evolucionado en los últimos tiempos, para reducir su campo de aplicación al

reconocerse que, efectivamente, no es fácil concebir que una empresa entregue bienes o preste servicios de forma gratuita; lo normal es que la gratuidad sea sólo aparente y que, en realidad, exista a cambio una contraprestación, aunque sea indirecta.

En relación con las entregas gratuitas de bienes, normalmente, lo que ocurre en el campo empresarial es que se entrega un bien, aparentemente a título gratuito, juntamente con otro, a título oneroso, pero las dos entregas están relacionadas entre sí y, en realidad, como han reconocido las doctrinas comunitaria y administrativa, se entregan dos bienes distintos por un precio único o en el precio de uno de los bienes está comprendido el del otro. Consecuentemente, no se produce el autoconsumo en estos casos porque existe contraprestación real por ambos bienes. En este sentido pueden señalarse la Sentencia 3.3.1994, C-16/93 del TJCE y la Resolución de la DG Tributos de 24.4.2001.

De todas formas, existen supuestos en los que sí se produce una verdadera liberalidad en la entrega de bienes, sin percibirse nada a cambio y sin que pueda relacionarse esa entrega con ninguna otra entrega de bienes, directa ni indirectamente. Precisamente, estas situaciones no son infrecuentes en las actividades de las Fundaciones, porque éstas tienen finalidades distintas de la consecución del lucro y en la lógica mercantil no tienen carácter empresarial.

En estos supuestos, las entregas gratuitas de bienes están sujetas al Impuesto cuando se dan los demás requisitos previstos en la ley y el empresario (la Fundación en el caso que nos ocupa) tiene que repercutir la cuota correspondiente al destinatario y, siguiendo la técnica del Impuesto, tendrá derecho a deducir las cuotas soportadas por las adquisiciones utilizadas o en la medida en que se utilicen en las citadas operaciones sujetas.

3. En cuanto a los servicios, la normativa del Impuesto es más rigurosa que para las entregas de bienes a la hora de calificar una operación gratuita de autoconsumo, ya que, además de los requisitos de carácter general, los servicios gratuitos sólo originan autoconsumo gravado cuando se realizan para finalidades ajenas a la empresa o, *a sensu contrario*, no se producirá autoconsumo de servicios gravado cuando se realicen para atender los fines de la empresa.

En el caso de las Fundaciones, debe admitirse que los servicios que se prestan gratuitamente se hacen, generalmente, en el desarrollo de sus actividades «empresariales», porque esa prestación gratuita será precisamente el objetivo o uno de los principales objetivos de las Fundaciones. Por todo ello, los referidos servicios gratuitos prestados por las Fundaciones serán, en buena medida, operaciones no sujetas al Impuesto, por las que no habrá que repercutir cuota alguna, pero tampoco será posible deducir las cuotas soportadas por las adqui-

siones que se utilicen o en la medida en que se utilicen en las mismas, reproduciéndose así los problemas anteriormente identificados.

4. Por consiguiente, las operaciones gratuitas, entregas de bienes o prestaciones de servicios realizadas por las Fundaciones podrán ser, según los casos, operaciones sujetas o no sujetas al Impuesto, con las consecuencias indicadas para cada grupo de dichas operaciones.

Así, cuando se trate de operaciones sujetas, se dará la obligación de repercutir el Impuesto y, correlativamente, el derecho a deducir las cuotas soportadas, con lo que podría considerarse que, respecto de estas operaciones, no se producen problemas financieros para las Fundaciones.

Sin embargo, en este grupo de operaciones, es decir, cuando una Fundación entrega un bien o presta un servicio a título gratuito y la operación está sujeta, se puede también producir y se producirá con frecuencia una repercusión meramente formal de la cuota y su ingreso por la Fundación en el Tesoro, pero no se exigirá el pago de dicha cuota al destinatario, sino que la propia entidad asumirá su coste.

Cuando las operaciones gratuitas no estén sujetas al Impuesto, las consecuencias económicas son también desfavorables para las Fundaciones, porque si bien no tienen que repercutir el Impuesto ni asumir, en su caso, el coste del mismo, tampoco pueden deducir las cuotas soportadas.

En consecuencia, los perjuicios fiscales que pueden producir las operaciones realizadas a título gratuito por las Fundaciones dependerán, por una parte, de la relación que exista entre los costes externos y los que incorpore la propia Fundación en cada operación en particular y, de otra, de que se asuma o no el coste de la cuota repercutida.

5. Planteadas así las cosas, cabría pensar en la posibilidad de que las Fundaciones pudieran optar entre la sujeción o no sujeción de las referidas operaciones.

Es evidente que esta opción no está prevista en la normativa del Impuesto, de forma que las operaciones están o no sujetas según las reglas establecidas, sin que los sujetos pasivos puedan modificar su calificación discrecionalmente.

No obstante, teniendo en cuenta la naturaleza de las Fundaciones y las finalidades que constituyen su objeto, podría considerarse la posibilidad de aplicar esta excepción a la normativa armonizada, lo que permitiría resolver, aunque fuera parcial o limitadamente, algunos problemas de dichas entidades.

Como variante, sería concebible establecer reglas particulares para las Fundaciones en relación con el requisito de estar o no atribuido al sujeto pasivo el

derecho a la deducción del IVA soportado en los *inputs* utilizados en las operaciones realizadas, pero hay que tener claro que, en esta propuesta, se obtendría la no sujeción de las operaciones gratuitas a condición de no deducir el IVA soportado en las compras de bienes y servicios utilizados en su realización.

El requisito indicado está regulado en el artículo 96 de la Ley del IVA y en el artículo 176 de la Directiva 2006/112/CE.

En el supuesto de actividades subvencionadas por Entidades públicas o, sin mayor calificación, financiadas por dichas Entidades, ésta sería una solución directa y muy sencilla, a cambio simplemente de incluir en el importe de la subvención el IVA no deducido, ahorrando además un alto coste fiscal indirecto, pues la realización de operaciones no sujetas libera de las cargas formales del tributo.

Si bien estas soluciones podrían calificarse de contrarias al principio básico de neutralidad del Impuesto y creadoras de distorsiones de competencia, si se entienden en su contexto, es decir, como soluciones aplicables exclusivamente a las ESFL, que son entidades que no tienen verdadero carácter empresarial y que, en modo alguno compiten, en el sentido propio del término, con las organizaciones empresariales, podrían aceptarse con el carácter excepcional que se apunta.

La alternativa práctica en relación con las operaciones gratuitas sería sustituir la gratuidad por un precio reducido, consiguiéndose así que tales operaciones quedasen al margen de la regulación de las gratuitas. Serían en principio operaciones sujetas y si, además, no estuviesen exentas, la cuota repercutida sería muy reducida y más fácil de trasladar al destinatario y el posible saldo fiscal a favor de la Fundación se podría recuperar por el procedimiento de devoluciones rápidas ya estudiado.

IX. Conclusiones

En cualquier caso, hay que reconocer que las soluciones para los problemas de las Fundaciones en el IVA son muy difíciles, porque introducir modificaciones en la normativa del Impuesto suele tropezar con el rechazo de las autoridades comunitarias por el temor a que se produzcan distorsiones, por la dificultad de conseguir unanimidades en un Consejo de 27 miembros y por el efecto anuncio que se puede producir para otros operadores que se consideren con derechos parecidos.

Cuando las modificaciones sólo afectan al legislador nacional, las soluciones, aun siendo difíciles, serán más practicables, pues no afectarán a las reglas

básicas del Impuesto y, en esta medida, son más sencillas de defender y poner en práctica.

Finalmente, si no fuera viable ninguna de las alternativas indicadas, debe apuntarse, como último recurso, el de solicitar a los poderes públicos la devolución del Impuesto soportado en las adquisiciones que se utilicen en la realización de las operaciones que constituyan el objeto de las Fundaciones, a través de la correspondiente subvención. Con las garantías y controles ² que se estimaran oportunos, la naturaleza y los objetivos de las Fundaciones justificarían esta solución, al objeto de que pudieran cumplir los fines que determinan su creación y el Estado dejara de recaudar el IVA en actividades de interés general realizadas por entidades privadas sin fin de lucro.

Esta última alternativa funcionaría al margen del Impuesto sobre el Valor Añadido, por lo que no se le podrían oponer las exigencias de su normativa ni la necesidad de ajustarse a los principios de dicho tributo.

Es por otra parte la solución que, con requisitos diferentes, parecen haber adoptado varios países europeos como Inglaterra y Dinamarca, en relación con los entes locales, que podría extenderse a las ESFL ³.

² En definitiva, algo parecido ocurre ya con la asignación tributaria a la Iglesia Católica y a fines sociales en el IRPF, cuya extensión a Fundaciones y ESFL en general podría justificarse, entre otras buenas razones, por esta incidencia negativa del IVA soportado en su capacidad de actuación.

³ A. BLÁZQUEZ LIDOY y S. BOBOKO MOICHE, «Las organizaciones no gubernamentales en el Impuesto sobre el Valor Añadido», *DOC*, n.º 30, 2007, Instituto de Estudios Fiscales.

Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión

Jorge Caffarena Laporta

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS FINES DE LA FUNDACIÓN: 1. *El esquema legal*. 2. *La desvinculación del requisito de la «colectividad genérica» de beneficiarios de la exigencia de que el fin fundacional sea de interés general*. 3. *El interés general del fin fundacional exige en el Derecho español que las fundaciones no puedan tener como beneficiarios a personas determinadas individualmente*. 4. *Derecho comparado*.—III. EL DESTINO ÚLTIMO DE LOS BIENES DE LA FUNDACIÓN EXTINGUIDA: 1. *Planteamiento del tema: La admisibilidad de la llamada cláusula de reversión en la Ley estatal*. 2. *El destino final de los bienes de la fundación extinguida en los Derechos autonómicos*. 3. *La Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 2005*.

I. Introducción

En el presente trabajo se trata de reflexionar sobre algunas cuestiones concretas y centrales respecto del régimen de las fundaciones que se han planteado de modo particular en los últimos años. En primer lugar, ¿qué hay que entender por interés general en relación con las fundaciones y cuál es el alcance de la exigencia constitucional a las fundaciones de fines de interés general?, ¿la Constitución española se limita simplemente a reconocer como derecho constitucional o como garantía institucional el derecho de fundación para fines de interés general, o va más allá y prohíbe las fundaciones de interés particular? La garantía constitucional, la protección de la Constitución se refiere únicamente a las fundaciones que persiguen fines de interés general. ¿*Quid iuris* con las fundaciones de interés particular? Atendiendo a los antecedentes históricos y legislativos hay argumentos de peso para pensar que las prohíbe. Pero en la actualidad la realidad social va imponiendo la idea de que la Constitución se limitó a ignorar las fundaciones de interés particular, de modo que la posibilidad de las mismas depende del legislador ordinario que estará sujeto a los límites correspondientes derivados de los derechos y principios que conforman el llamado sistema económico constitucional. En todo caso, de existir dichas fundaciones tendrían un régimen distinto, no sólo fiscal sino también sustantivo, y por supuesto un nombre que impidiera confundirlas con la figura que consagra la Constitución que

es la fundación para fines de interés general. Seguramente la ausencia en nuestro Derecho de las llamadas fundaciones de interés particular ha llevado a un sector de nuestra doctrina a entender que la exigencia de fines de interés general es compatible con la disposición como beneficiarios de personas individualmente determinadas. Así, se ha entendido por algunos autores que al menos en el caso de las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, contemplado en las dos leyes estatales de fundaciones, nos encontraríamos ante un ejemplo de fundación cuyo fin es de interés general y sus beneficiarios son personas determinadas individualmente. En fin no cabe duda de que la sola lectura de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad hace pensar en la cuestión de la admisibilidad de fundaciones con beneficiarios determinados individualmente. Todo ello pone de manifiesto la conveniencia de volver a pensar sobre el alcance del requisito de fines de interés general con relación a las fundaciones.

El otro tema al que se pretende aludir es el ya clásico, pero siempre discutido y de actualidad, del destino de los bienes de la fundación extinguida y las cláusulas de reversión. La interpretación que ha llevado a cabo la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre, sobre la distribución de competencias en esta cuestión entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Madrid, sin duda con la «ayuda inestimable» de la disposición final primera de las Leyes de fundaciones de 1994 y 2002, pone de manifiesto que en este punto puede haber y hay ya diferencias sustanciales entre las distintas regulaciones de fundaciones existentes en España.

II. Los fines de la fundación

1. *El esquema legal*

Es conveniente comenzar exponiendo telegráfica y fríamente los datos legales:

a) El artículo 34 de la Constitución reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.

b) Las Leyes de fundaciones de 1994 y 2002 que han desarrollado el régimen del derecho de fundación vienen a decir prácticamente lo mismo sobre el fin fundacional, con algunas diferencias de escasa importancia, salvo por lo que se refiere al esencial tema del ámbito de aplicación de las leyes estatales. En la disposición final primera de la Ley de 1994 sólo los apartados 1 y 2 del artículo 2 constituían condiciones básicas del derecho de fundación; en cam-

bio en la correspondiente disposición final de la Ley de 2002 también se estableció entre las condiciones básicas de dicho derecho el apartado 3 del artículo que en esta ley pasó a ser el 3¹.

c) En la ley hoy vigente los datos esenciales sobre el fin se encuentran recogidos en los artículos 2 y 3.

d) Según el artículo 2 que define las fundaciones, éstas son organizaciones constituidas «sin fin de lucro» que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de «fines de interés general».

1. Las fundaciones son organizaciones constituidas «sin fin de lucro». La Ley de 1994 decía «sin ánimo de lucro», tinte subjetivo. En la Ley de 2002 se sustituye el término «ánimo» por el de «fin», dándole un tinte objetivo más adecuado.

En todo caso ahora, como antes, resulta claro que no cabe que el fundador tenga ánimo de lucro, el negocio fundacional es un negocio gratuito, ni que la organización-fundación persiga un fin de lucro en favor del fundador, ni de los patronos ni de otros terceros que no sean los llamados beneficiarios.

No contradice esta afirmación la posibilidad de obtener la fundación ingresos de sus beneficiarios a cambio de las prestaciones que realiza en su favor (art. 26 LF) ni la regla de que los patronos deban gestionar el patrimonio de modo que la fundación obtenga el máximo rendimiento (art. 14 LF). Las «ganancias» en uno y otro caso serían para la fundación y por tanto para la realización de las actividades necesarias para cumplir los fines de interés general.

Pero además la propia Ley de fundaciones limita estas posibilidades significativamente: el citado artículo 26 añade: «siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios». No tiene sentido que éstos constituyan una elite. Y el artículo 27, que hace referencia al destino de las rentas y de los ingresos de la fundación, establece que a «la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto...». No tiene razón de ser que la fundación se dedique a «engordar» su patrimonio.

2. Los fines de la fundación han de ser de «interés general» (art. 2.1 *in fine*), lo cual exige, en primer lugar, que sean relevantes socialmente. Para ello

¹ Seguramente fue así porque en el proyecto de Ley de 1994 no existía el apartado primero del artículo 2 que se añadió en el *iter* legislativo, y se olvidó llevar a cabo la correspondiente modificación en la disposición final citada. Véase la nota 20.

habrá que estar como punto de partida, de entrada a la lista de fines que se recoge en el artículo 3.1, lista abierta, meramente ejemplificativa: «como pueden ser entre otros», fórmula ésta mucho más correcta y conforme con la regla constitucional que la utilizada en la ley anterior: «o cualesquiera otros de naturaleza análoga».

Los fines fundacionales deben suponer un beneficio para la comunidad, lo cual habrá de apreciarse teniendo en cuenta en cada momento las cambiantes necesidades y valoraciones de la sociedad, la opinión de la sociedad sobre lo que merece ser protegido y fomentado en interés de la comunidad, cuyo desarrollo llevará normalmente a una ampliación de la lista. En este sentido conviene no olvidar que antes de la Constitución de 1978 los fines fundacionales habían de ser de interés público, concepto más propio del ámbito del Derecho público, y según un sector claramente mayoritario de la doctrina, de carácter benéfico (de ayuda a necesitados, indigentes, a los que la causa de la necesidad no fuese imputable) ².

3. Conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley de fundaciones no basta con que el fin sea relevante socialmente sino que es preciso además y en íntima conexión con dicha relevancia que la finalidad fundacional beneficie a «colectividades genéricas de personas», expresión poco afortunada del legislador que en su día se pretendió sin éxito sustituir por la de «colectividades de personas no determinadas individualmente». El precepto añade a continuación: «Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares». La duda que plantea esta segunda parte es si el legislador ha querido dejar claro que las fundaciones laborales cumplen este requisito, consciente de su formulación equívoca, o si partiendo de que sus beneficiarios no constituyen «colectividades genéricas» ha considerado necesario mencionarlas expresamente para que se les aplique el régimen legal ³. Por el primer sentido aboga la opinión antes expresada sobre la interpretación más razonable del requisito exigido en este punto por el legislador, aunque somos conscientes de que no coincide con la literal del precepto ⁴. Precisamente este modo de entender la referencia a las llamadas fundaciones laborales podría servir de criterio sistemático para «corregir» la criticada expresión «colectividades genéricas de personas».

² Véase J. CAFFARENA, *El Régimen Jurídico de las Fundaciones: Estudio para su reforma*, Madrid, 1991, pp. 82 y ss.

³ En el segundo sentido se pronuncia, entre otros, T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, Elcano (Navarra), 2003, p. 61.

⁴ «Tendrán...»

El apartado tercero del artículo 3, cuyo texto es manifiestamente mejorable, prohíbe la constitución de fundaciones familiares y la de aquellas que tengan la finalidad principal de destinar sus prestaciones a concretos beneficiarios determinados individualmente, dejando a salvo a las personas jurídicas que persigan fines de interés general⁵.

La exigencia de que los beneficiarios de las fundaciones sean colectividades de personas no determinadas individualmente se completa con lo dispuesto en el artículo 23.c), según el cual las fundaciones están obligadas a actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios⁶. Dentro de estos límites deberá el fundador hacer constar en los estatutos las reglas básicas para la determinación de los beneficiarios y deberán actuar los patronos al concretar y aplicar dichas reglas.

Todo ello permite pensar con fundamento que los pertenecientes al colectivo de beneficiarios gozan al menos de una mínima protección para su reconocimiento como tales y están legitimados para denunciar al Protectorado los actos y acuerdos del Patronato que vulneren los criterios establecidos por el fundador y la ley. Del mismo modo es razonable que a tal efecto tengan legitimación para impugnar dichos actos antes los tribunales. Por supuesto que en esta cuestión puede ser decisiva la mayor o menor concreción de las citadas reglas estatutarias que disponen los criterios para determinar los beneficiarios⁷.

Para terminar este esquema legal referido a los fines de las fundaciones y sus beneficiarios, es obligado aludir al último apartado del artículo 3 de la ley. Se trata de un supuesto que, según entiende un importante sector de la doctrina, constituye una excepción a la regla de que el fin fundacional debe beneficiar a «colectividades genéricas de personas»⁸. Se refiere a las «fundaciones

⁵ «En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general».

⁶ En este punto es esencial desde un punto de vista práctico la obligación de las fundaciones, establecida por el mismo precepto, de dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.

⁷ *Vide* V. MONTÉS, «Fragmentos de un estudio sobre las Fundaciones en el Derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», en *Asociaciones y Fundaciones* (APDC), Murcia, 2005, pp. 218 y ss., y J. CAFFARENA, *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo* (coord. por S. MUÑOZ MACHADO y otros), Madrid, 2005, pp. 129 y s.

⁸ En realidad el texto del apartado, su letra, no establece una excepción a dicha regla, formulada en el apartado 2 del artículo, sino a la más concreta dispuesta en el tercer apartado: «No se incluyen en el apartado anterior las fundaciones...» Por otra parte cabría pensar que el legislador, al excluir del citado apartado estas fundaciones, ha querido dejar claro que su finalidad

cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes».

Resumiendo todo lo anterior, podemos decir que la fundación no puede perseguir un fin de lucro, que sus fines han de ser relevantes socialmente y sus beneficiarios colectividades genéricas de personas o si se prefiere colectividades de personas no determinadas individualmente. Respecto de esto último hay un sector doctrinal que entiende que el propio legislador ha establecido expresamente dos excepciones a la regla: las fundaciones laborales y las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español. Sin embargo, no es en absoluto claro que estemos ante verdaderas excepciones a la regla general respecto de los beneficiarios y en todo caso uno y otro supuesto son distintos.

2. *La desvinculación del requisito de la «colectividad genérica» de beneficiarios de la exigencia de que el fin fundacional sea de interés general*

Ahora bien, con el paso tiempo se ha ido extendiendo una opinión antes minoritaria según la cual el requisito de que los beneficiarios de las fundaciones han de ser colectividades genéricas de personas no viene exigido por la Constitución y que no puede por tanto establecerlo con carácter general el legislador ordinario ⁹.

Resumidamente éstos son los argumentos que se han esgrimido para llegar a esta conclusión:

— Se parte por algunos de la afirmación de que la Constitución de 1978 garantiza el derecho de fundación para fines de interés general, pero no prohíbe las fundaciones de interés particular cuya existencia y regulación queda a merced del legislador ordinario ¹⁰.

beneficia no sólo a los titulares de dichos bienes sino también a los demás miembros de la comunidad.

⁹ En este tema *vide* fundamentalmente P. SALVADOR y J. C. SEUBA, «Fundaciones, interés general y títulos de aportación» (I y II), *La Ley*, 28 y 29 de enero de 1998. Tras la entrada en vigor de la Ley 50/2002 véanse además V. DE PRIEGO y los autores por ella citados en «Interés general e indeterminación de los beneficiarios en las fundaciones», *Revista de Derecho Privado*, 2003, pp. 736 y ss.

¹⁰ La argumentación principal que se esgrime para llegar a esta conclusión no es sólo la letra del primer apartado del artículo 34 de la Constitución, que se limita a reconocer el derecho de fundación para fines de interés general, sino también, lo cual es más discutible, el apar-

— El reconocimiento por el artículo 34 de la Constitución del derecho de fundación, aunque sea para fines de interés general, supuso una ruptura de la situación anterior, en la que la figura fundacional aparecía como una excepción a la regla general de prohibición de las vinculaciones. Hoy, la posibilidad de crear una fundación no constituye una excepción como antes, pues se trata del ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente y por lo tanto no puede ser susceptible de una interpretación restrictiva.

— El gran obstáculo para separar la exigencia de que los beneficiarios no sean personas determinadas individualmente de la idea de interés general, que es la única que maneja la Constitución, se encuentra en los apartados 2 y 3 del artículo 3 de la Ley de fundaciones de 2002.

— Ahora bien, el propio artículo 3 citado establece dos excepciones a la regla general sobre los beneficiarios: las llamadas fundaciones laborales (apartado 2 *in fine*)¹¹ y las fundaciones que persigan la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español (apartado 4). Se reconoce en estos supuestos la compatibilidad del interés general de la fundación con la determinación individualizada de los beneficiarios. En estos casos cae el requisito de que los beneficiarios sean «colectividades genéricas de personas» o personas no determinadas individualmente¹².

— El paso siguiente, parece lógico, es preguntarse por qué no se reconoce la posibilidad de fundaciones de interés general en otros casos en que los beneficiarios estén determinados individualmente.

Como la Constitución sólo exige que los fines sean de interés general y nada dice de los beneficiarios no cabe que el legislador pueda limitar el ejercicio del derecho de fundación estableciendo un requisito adicional referido a éstos. Los beneficiarios pueden estar determinados individualmente siempre que el fin perseguido por la fundación sea relevante o, si se prefiere, trascendente socialmente.

tado 2 del citado artículo 34, cuya remisión al 22.2 y 4 de la Constitución se entiende literalmente, referida sin más a las fundaciones y no a las fundaciones de interés general. Se olvidan los antecedentes próximos del precepto, concretamente los profundos cambios habidos en su texto y ubicación a lo largo de su elaboración en el proceso constituyente. Véase P. SALVADOR y J. C. SEUBA, *ob. cit.*, I, p. 2, y J. CAFFARENA, *Comentarios...*, cit., pp. 471 y s.

¹¹ «Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares».

¹² Además se señalaba como significativo respecto de la Ley de 1994 el hecho de que el apartado que prohibía las fundaciones familiares no formara parte de las normas que constituían las condiciones básicas del derecho de fundación.

— Por otra parte se suele aducir como argumento de Derecho comparado en favor de las fundaciones con beneficiarios determinados individualmente la autoridad de Derechos como el alemán o el italiano, Derechos en los que prima la neutralidad de los fines fundacionales.

3. *El interés general del fin fundacional exige en el Derecho español que las fundaciones no puedan tener como beneficiarios a personas determinadas individualmente*

Los argumentos esgrimidos en el anterior apartado no son incontestables aunque tienen la virtud de hacernos reflexionar sobre la función y el alcance de la exigencia a las fundaciones de fines de interés general y en buena medida la opinión que los defiende responde a exigencias sociales. Lo que resulta más que discutible es que la norma fundamental impida que el legislador requiera que los beneficiarios de la fundación sean colectivos de personas no determinadas individualmente. Por otra parte, es dudoso que la fundación sea la figura más idónea para responder a las preocupaciones sociales que suelen exponerse para justificar la tesis defendida en el apartado anterior.

Veamos los otros argumentos:

— Hay que empezar recordando que la Constitución en su artículo 34 no se limita a reconocer el derecho de fundación sin más, sino que reconoce el citado «derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley».

— Es más, tras la promulgación de la Constitución, teniendo en cuenta el lugar que acabó ocupando el citado precepto en el texto fundamental, en la sección correspondiente a los derechos y deberes de los ciudadanos tras el artículo que se refiere al derecho de propiedad¹³, y teniendo en cuenta también el cambio que se produjo en su redacción a lo largo del proceso constituyen-

¹³ El precepto en cuestión se encontraba en el Anteproyecto constitucional junto al derecho de asociación y no exigía que la fundación fuera para fines de interés general. Fue la Comisión constitucional del Senado la que llevó a cabo dos cambios fundamentales: se trasladó el artículo del derecho de fundación a la sección segunda y se añadió en el párrafo primero la expresión «para fines de interés general». Conviene recordar las palabras del senador L. MARTÍN-RETORTILLO: «... nuestra enmienda propone un traslado, un cambio de sitios del precepto. Estamos en un lugar demasiado serio; en cambio, el tema de las fundaciones vendría mucho mejor a continuación del artículo treinta y uno, que es el que se refiere a la regulación de la propiedad. En definitiva, entendemos que las fundaciones son una manifestación concreta del derecho de disposición de la propiedad, y, en consecuencia, como estimamos que esto es mucho más razonable, conforme al párrafo segundo de la enmienda, en lugar de decir como ahora dice el precepto...» (Diario de Sesiones del Senado, número 43, de 24 de agosto).

te ¹⁴, lo que se pensaba es que se había consagrado por la Constitución el derecho de fundación para fines de interés general como excepción a la libre disposición de los bienes, de modo que el legislador no podría sin más, con absoluta libertad, contemplar la posibilidad de creación de fundaciones que persiguieran fines de interés particular, que esto sería inconstitucional ¹⁵.

— Sobre esto se volverá después, pero lo que parece claro es que siendo la regla punto de partida el reconocimiento del derecho de fundación para fines de interés general y no del derecho de fundación sin más, es obligado tratar de averiguar si el interés general del fin fundacional supone la necesidad de que los beneficiarios no sean personas individualmente determinadas.

— La Constitución no proporciona el concepto de interés general, aunque la expresión aparece en un buen número de artículos, se refieren a ámbitos distintos y no cabe afirmar que se utilice en un mismo sentido ¹⁶⁻¹⁷. Por

¹⁴ De reconocerse el derecho de fundación sin más se pasó a reconocer el derecho de fundación para fines de interés general.

¹⁵ En este punto es interesante también recoger las palabras del senador L. MARTÍN-RETORTILLO para justificar la enmienda antes citada que proponía además añadir «para fines de interés general»: «... el constitucionalizar, el dar libre carta a las fundaciones sin matizar, tal y como se propone aquí, nos sitúa ante el riesgo evidente de que puedan surgir unas nuevas manos muertas, pero esta vez en manos de particulares, lo cual no sería nada de desear. Pero si esto es así, entendemos que el tema de las fundaciones puede en cambio, tener facetas positivas, siempre y cuando se introduzcan algunas correcciones, siempre y cuando se introduzcan algunas cautelas. Por eso, en nuestra enmienda decimos que sí a las fundaciones que persigan fines de interés general, es decir, no a las fundaciones privadas, no a las fundaciones vinculadoras, no a las fundaciones para burlar el sistema tributario; sí, en cambio, a todo este fenómeno que seguramente en el futuro habrá que cambiar, que unas sociedades más avanzadas no admitirán porque tendrán otros medios y otros remedios. Pero, desde luego, en la fase histórica en que nos encontramos no gastaré tiempo para hacer ver a los señores senadores la importancia que en nuestros pueblos y ciudades tienen estas fundaciones de interés público o de interés general que sirven para atender una serie de necesidades. Por tanto, fundaciones sí, pero con la cautela, la exigencia, la condición “sine qua non” de que siempre que sean de interés público y con el consiguiente control público». Sobre estos antecedentes véase un breve resumen en J. CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones...*, cit., p. 159, nota 47.

¹⁶ Véase A. NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución (Homenaje al profesor García de Enterría)*, IV, Madrid, 1991, pp. 2187 y ss.

¹⁷ No obstante, no hay que olvidar que tanto en el Derecho civil como sobre todo en el Derecho administrativo se ha estudiado el concepto de interés general, concepto abierto e indeterminado, y que lo lógico es tomar como punto de partida el que se asume por la generalidad de la doctrina. Así, M. SÁNCHEZ MORÓN entiende de entrada que interés general es «lo que afecta o interesa a la generalidad, es decir, al común de los ciudadanos que componen una comunidad política», y añade que tiene una cierta relación de identidad con el concepto tradicional de bien común y que en el ámbito del Derecho público es equivalente a la expresión «interés público» cuya gestión se encomienda a los poderes públicos. El autor reconoce que el

tanto lo más sensato es buscar el concepto en la ley que tiene por objeto desarrollar el derecho de fundación. Y lo que resulta de esta ley es que el fin fundacional tiene unas connotaciones que van más allá de la relevancia social del mismo¹⁸. Así, en el artículo 2, que establece el concepto de fundación, se alude a la ausencia de lucro del fin, y en el artículo 3 se hace referencia a la necesidad de que la finalidad fundacional beneficie a colectividades genéricas de personas. A falta de una mayor concreción por parte de la Constitución, es obligado estar a la caracterización que del fin fundacional hace la Ley de fundaciones¹⁹. Además, no debe olvidarse que el propio artículo de la Constitución reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.

Así las cosas, no es defendible partir de un inexistente concepto constitucional de interés general para dejar sin efecto los apartados 2 y 3 del artículo 3 de la ley, máxime cuando el propio legislador ha considerado estos apartados entre los preceptos que constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53 de la Constitución, y es de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.^a de la misma²⁰.

Ordenamiento atribuye también la defensa de ciertos intereses generales a entidades privadas, por ejemplo las fundaciones, y en estos casos el concepto hace referencia a los intereses sociales de una colectividad. Voz «Interés general», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, III, pp. 3658 y ss. En este punto, con relación a las fundaciones hay que aludir, además del artículo 34, a dos preceptos de la Constitución de sumo interés. Por una parte el artículo 9.2 en su parte final («Corresponde a los poderes públicos... facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida... cultural y social») y por otra el 103.1 («La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia,... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»). El primero por ser la fundación un instrumento de primer orden para la participación de los particulares en los ámbitos citados; el segundo porque sirve para legitimar y explicar en parte la existencia del llamado Protectorado.

¹⁸ Conviene decir aquí que la confusión acerca del alcance de la expresión interés general es provocada por las propias Leyes de fundaciones de 1994 y 2002 que en los correspondientes artículos destinados a los «Fines y beneficiarios», 2 y 3 respectivamente, aparentan establecer una separación entre la exigencia de fines de interés general y la necesidad de que los beneficiarios sean «colectividades genéricas de personas».

¹⁹ También la Ley 30/1994, de 24 de noviembre. En este punto la única diferencia importante se refiere a la disposición final primera, en la que no se mencionaba, como hace la actual ley, el apartado que prohíbe las llamadas fundaciones familiares entre los preceptos que constituyen las condiciones básicas del derecho de fundación. Como se explicará más tarde, se trató de un olvido del legislador.

²⁰ En cuanto a la no inclusión por el legislador de 1994 entre las condiciones básicas del apartado 3 del entonces artículo 2, referido a la prohibición de las fundaciones familiares, el 2.3, ha sido un dato que se ha utilizado en su momento para defender un determinado concepto de fundación y la posibilidad de que los legisladores autonómicos con competencia en la materia de establecer una regulación diferente a la estatal de las fundaciones familiares. Véase

— *¿Quid iuris* con las llamadas fundacionales laborales y con las fundaciones cuya finalidad «exclusiva o principal» es la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico? Evidentemente, lo que no podemos hacer es partir de ellas para elaborar una categoría general y mucho menos para construir el concepto de interés general en el ámbito de las fundaciones. En cuanto a las fundaciones laborales habría que aplicarles el régimen general. Para ellas rigen el apartado 3 del artículo tercero y por supuesto el primer apartado. En cuanto al propio apartado 2 primera parte pueden darse casos, en los que se presenten dudas como respecto de otras colectividades; piénsese por ejemplo en el caso de que se determine como beneficiarios a los habitantes vecinos de un pequeño municipio. Mención aparte merece el supuesto de las fundaciones cuya finalidad es la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico, en el que se excluye expresamente la aplicación del apartado 3. Aquí de entrada habría que admitir que se permite excepcionalmente la posibilidad de fundaciones en beneficio de personas determinadas, si bien es cierto que hay también un beneficio directo y concreto para el resto de la comunidad.

Es necesario resaltar que la citada y criticada disposición final 1.^a no alude a este apartado ni entre los preceptos que constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación dentro de los cuales sí están los demás apartados del artículo 3, ni entre los demás preceptos que por otras razones se consideran de aplicación general. ¿Estamos claramente ante un supuesto de fundación de interés particular o se trata de reconocer como fundación de interés general a una cuyos beneficiarios son personas determinadas individualmente? Parece lo más sensato responder afirmativamente a una de estas posibilidades. Se trataría de un caso excepcional, que evidentemente no es susceptible de interpretación extensiva y mucho menos de aplicación analógica, que sirve como mucho para poder defender la posibilidad de que el legislador contemple las fundaciones de interés particular o, si se prefiere, las de interés general con beneficiarios determinados individual-

por ejemplo el trabajo citado de SALVADOR y SEUBA, I, p. 3, y II, pp. 2 y 3. Sin embargo, parece claro que la omisión del apartado en cuestión en la disposición final primera no fue premeditada sino todo lo contrario. En efecto, en el proyecto de Ley de fundaciones que dio lugar a la Ley de 1994 figuraba dicho apartado como segundo del artículo 2 y por tanto era mencionado entre las condiciones básicas por la disposición final primera. Pero como consecuencia de una enmienda del Grupo Popular que fue aprobada se añadió un nuevo apartado, el que acabó siendo el primero del artículo 2 de la Ley de 1994, pasando el referente a las fundaciones familiares a ser tercero; y en la disposición final 1.^a se olvidaron de añadir un tercer apartado. El legislador de 2002 ha dejado clara la cuestión haciendo alusión expresa en su disposición final primera al citado tercer apartado entre los preceptos que constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en la Constitución.

mente. Ahora bien hay que advertir que estamos ante un caso muy especial porque si bien hay unos beneficiarios determinados individualmente, los titulares de los bienes en cuestión, junto a ellos, aunque en un grado distinto, hay otros beneficiarios, los demás miembros de la comunidad que sin duda se benefician directamente de la conservación y restauración de dichos bienes a través del cumplimiento por aquéllos de las exigencias establecidas por la Ley del Patrimonio Histórico Español, especialmente de la de exposición pública de dichos bienes. Hay que tener en cuenta que respecto de estas fundaciones lo único que se «salva» del artículo tercero es la regla del apartado 3, ninguna alusión se hace en cambio al apartado 1, el referente a la necesidad de que el fin sea de relevancia social, ni al 2, que es el que ahora interesa, y que exige que la finalidad fundacional beneficie a «colectividades genéricas de personas». El legislador, por tanto, parte de que las fundaciones cuya finalidad es la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico persiguen un fin de relevancia social que además beneficia a una colectividad genérica de personas. Es cierto que los titulares de dichos bienes se benefician especialmente, pero su titularidad se encuentra muy limitada por deberes impuestos en aras del interés general ²¹.

— En fin, hay otros muchos argumentos para defender la conexión directa con los fines de interés general de las fundaciones de la exigencia de que dichos fines beneficien a colectividades genéricas de personas.

En este sentido debe señalarse que tras la entrada en vigor de la Constitución y con anterioridad a la Ley de 1994 era prácticamente unánime la opinión de que el requisito del interés general del fin fundacional suponía entre otras cosas la exclusión de las fundaciones con beneficiarios determinados y en concreto de las fundaciones familiares ²².

También es significativo que en el régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos se aluda sin más a las fundaciones junto a las asociaciones declaradas de utilidad pública ²³.

²¹ *Vide* en el mismo sentido J. L. PIÑAR, comentario al artículo 2 de la Ley de 1994, en *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, R. DE LORENZO y otros, pp. 20 y ss.

²² *Vide* J. CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones: Estudio para su reforma*. También J. L. PIÑAR, *Régimen jurídico de las fundaciones: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, 1992, p. 31.

²³ Artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo: «Se consideran entidades sin fines lucrativos a efectos de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo siguiente:

a) Las fundaciones.

4. *Derecho comparado*

En los Derechos que son más o menos próximos al nuestro hay algunos que sólo admiten las fundaciones que persiguen fines de interés general y otros, los más, que permiten que el fin fundacional sea de interés particular. Ahora bien, en estos últimos no es raro que a efectos fiscales o a otros efectos se distinga entre las fundaciones de interés particular y las de interés general, y lo normal es exigir para éstas que los beneficiarios no sean personas determinadas. No basta que el fin sea relevante socialmente.

Así es en el Derecho alemán, en el que rige la neutralidad de fines con el límite de que no perjudique al bien común, se distingue entre fundaciones con fines de interés particular y fundaciones con fines de interés general según que beneficie a un pequeño círculo de personas o a la generalidad. A estas fundaciones se refieren los beneficios fiscales y se las somete a un mayor control público ²⁴.

En el Derecho francés, en el que las fundaciones han de perseguir fines de interés general, se exige a tal efecto que, además de no haber fin de lucro y de ser la finalidad de trascendencia social, sus beneficiarios no constituyan un círculo limitado de personas. Expresamente se rechazan las fundaciones familiares ²⁵.

En el Derecho italiano, a pesar de que el Código no exige que la fundación persiga fines de interés general y permite las fundaciones familiares ²⁶, hay un sector de la doctrina que defiende que la fundación no puede perseguir un fin de lucro y que sólo es admisible como instrumento para la realización de fines de utilidad social ²⁷. Galgano va más allá y afirma que el recurso a la figura fundacional, dados los inconvenientes económicos que supone (vinculación de bienes en contra de los principios de libre circulación y libre disfrute de los recursos económicos), únicamente puede justificarse si la fundación persigue un fin de utilidad pública ²⁸.

b) Las asociaciones declaradas de utilidad pública.

...»

No obstante, hay que reconocer que el argumento es débil teniendo en cuenta la redacción del artículo 3 de la citada ley y el dato de que el legislador estatal sólo ha admitido las fundaciones que persiguen fines de interés general.

²⁴ Véase H. HOF, M. HARTMANN y A. RICHTER, *Stiftungen*, München, 2004, pp. 11 y ss, y L. PUES y W. SCHEERBARTH, *Gemeinnützige Stiftungen im Zivil- und Steuerrecht*, München, 2004, pp. 28 y ss.

²⁵ Véase por todos E. BARON y X. DELSOL, *Fondations reconnues d'utilité publique et d'entreprise*, 2.^a ed., Lyon, 2004, pp. 52 y ss., y 120 y ss.

²⁶ Artículo 28.3.

²⁷ BIANCA, *Diritto civile* 1, 2.^a ed., Milano, 2002, pp. 343 y s.

²⁸ *Diritto Civile e Commerciale*, I, 4.^a ed., Padova, 2004, pp. 298 y ss.

En cuanto al Derecho portugués, hay que tener en cuenta que en el Código civil se exige que el fin de las fundaciones sea de interés social²⁹. Además se entiende por la jurisprudencia y doctrina que están prohibidas las fundaciones familiares³⁰⁻³¹.

Finalmente debe hacerse referencia a un proyecto de Propuesta de Reglamento respecto a la aprobación de un estatuto europeo de fundaciones, procedente del Centro europeo de fundaciones, que exige que sus fines sean de utilidad pública, requiriendo a tal efecto no sólo que sus fines sean relevantes socialmente sino también que sirvan al interés público en general, lo que significa según sus promotores que debe beneficiar a todo el público o a un grupo significativo de la población en general³².

En el mismo contexto, es interesante el trabajo de Helmut K. Anheier y Siobhan Daly «Las fundaciones en Europa: enfoques, realidades y políticas»³³. Cara a la aprobación de un Estatuto Europeo de Fundaciones, los autores citados establecen y proponen las características esenciales que sirven para definir la fundación. Entre otras se hace referencia a que la entidad en cuestión «debe tener un fin de interés general. Las fundaciones deben hacer más que satisfacer las necesidades de un grupo social o categoría concreta, como los miembros de una familia, o un círculo cerrado de beneficiarios. Las fundaciones son entidades privadas con un fin de interés general». No se comprende por tanto disociar la relevancia social de los fines del colectivo de los beneficiarios. Los fines de interés general de la fundación exigen ambos elementos: han de ser de relevancia social y además los beneficiarios de la misma han de ser un colectivo «genérico» de personas o mejor un colectivo de personas no determinadas individualmente.

²⁹ Artículos 157 y 188.1. Este último dispone: «Nao será reconhecida a fundacao cujo fim nao for considerado de interesse social pela entidade competente».

³⁰ Véase A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil português*, I-III, Almedina, 2004, pp. 717 y s.

³¹ Hay que hacer referencia a algunas propuestas de reforma de la regulación de fundaciones en las que se exige para que éstas sean de utilidad pública que «beneficiando de forma geral os destinatarios, visa prosseguir um ou mais dos seguintes fins: ... Qualquer outro fim qualificado de utilidade pública». Véase R. CHANCERELLE DE MACHETE y E. SOUSA ANTUNES, *Direito das fundacoes. Propostas de reforma*, Lisboa, 2004, pp. 135 y ss.

³² Véase R. CHANCERELLE DE MACHETE y E. SOUSA ANTUNES, *Direito das fundacoes...*, cit., pp. 97 y 115 y ss.

³³ En M. A. CABRA y B. FRAGUAS, *¿Qué son y qué quieren ser las fundaciones españolas? Una aproximación a sus roles y su futuro en el marco europeo*, Bilingüe, Madrid, 2004, p. 72.

III. El destino último de los bienes de la fundación extinguida

1. *Planteamiento del tema: La admisibilidad de la llamada cláusula de reversión en la Ley estatal*

Hablamos de una cláusula que suponga que, extinguida la fundación y liquidado su patrimonio, los bienes de la dotación o su valor, si hay remanente reviertan a su fundador, persona física o jurídica que no persiga fines de interés general, o, en su caso, a sus herederos, o de una cláusula que disponga que dichos bienes pasen a otras personas, físicas o jurídicas que no persigan fines de interés general. De forma más precisa el problema se plantea cuando la llamada reversión no se establece a favor de fundaciones o de otras entidades privadas no lucrativas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, o de entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.

Antes de la Ley de 1994, según la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo dichas cláusulas eran admisibles conforme al artículo 39 del Código Civil ³⁴.

En la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, al igual que en la Ley de 1994, el tema parece claramente resuelto en los correspondientes preceptos que se refieren al destino de los bienes de la fundación extinguida.

En efecto, el artículo 33.2 de la Ley vigente limita la voluntad del fundador en cuanto a los posibles destinatarios de los bienes de la fundación extinguida: entidades no lucrativas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos.

El precepto citado tiene carácter imperativo: así deriva de su texto («los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán...») y del artículo 2.2 de la citada Ley («Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley»). Además habría que añadir tras la entrada de la Ley de 2002 que teniendo en cuenta la discusión surgida al respecto con anterioridad, bajo la Ley de 1994, si el legislador hubiera optado por la admisibilidad sin más de las cláusulas de reversión, a favor de personas físicas o jurídicas con independencia de su naturaleza y fines, lo habría «dicho» claramente ³⁵.

³⁴ Véase J. CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones...*, cit., pp. 163 y ss.

³⁵ Vide J. CAFFARENA, «La extinción de la fundación», en *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, dirigidos por S. MUÑOZ MACHADO y otros, Madrid, 2005, pp. 486 y ss.

Ya en la Ley de 1994 proporcionaba un argumento a tener en cuenta en este sentido la disposición transitoria primera, en su segundo apartado, que se refería a las fundaciones preexistentes y que partía de la idea de que dicha ley condenaba a la nulidad las llamadas cláusulas de reversión ³⁶.

También es significativa la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad (Ley 41/2003, de 18 de noviembre), especialmente los artículos 1.1, 2.1, 3.2, 4.3 y 6.2 y 3. La lectura de estos preceptos lleva a pensar en una tentativa frustrada del «legislador» de aproximación al régimen y a la figura de la fundación para organizar el régimen del llamado patrimonio protegido de la persona con discapacidad. Cabe pensar también que se eludió acudir a la fundación por ser los beneficiarios del citado patrimonio personas determinadas individualmente amén de no exigirse que el destino final de los bienes restante tras su liquidación fuese necesariamente una entidad con fines de interés general ³⁷.

A pesar de todo lo expuesto hay autores que defienden las llamadas cláusulas de reversión al modo que podríamos llamar tradicional, con el alcance que

³⁶ «Respecto de dichas fundaciones, el artículo 31.2 sólo será de aplicación transcurridos dos años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, quedando sin efecto desde esa fecha las disposiciones estatutarias que se le opongán».

³⁷ Así el artículo 1.1: «... garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad». El artículo 2.1: «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular». Artículo 3.2: «... la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficientes para ese fin». El artículo 4.3 dispone: «Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables». Así dice el artículo 6.2: «Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por dejar su beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2 de esta ley éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables. 3. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera de darse a determinados bienes y derechos conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta ley. En el caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones».

la doctrina mayoritaria daba antes de la Ley de 1994 con base en el artículo 39 del Código Civil.

Frente al texto del artículo 33 de la vigente Ley de fundaciones se han esgrimido argumentos unos *de lege data* y otros *de lege ferenda* ³⁸.

En relación con los primeros se suele hacer referencia al término «duradero» ³⁹ que aparece en el concepto legal de fundación, y que según los partidarios de la tesis citada se opondría a otros términos como «irrevocable» sobre todo si se tiene en cuenta el concepto de fundación que acoge la Ley francesa de mecenazgo, de 23 de julio de 1987 en su artículo 18 ⁴⁰. Ahora bien, estando de acuerdo en que el texto legal no brilla precisamente por su depurada técnica jurídica, no tiene sentido, ni siquiera desde un punto de vista gramatical, oponer «duradero» a «irrevocable» o a «irreversible». A la vista de los antecedentes es manifiesto que con este término se pretendían dos cosas: en primer lugar dejar claro que no es preciso que, como se entendía en el Derecho tradicional, el fin fundacional sea perpetuo, que caben las fundaciones temporales, y a la vez, en segundo lugar, poner de manifiesto que la creación de una fundación presupone que la finalidad de la misma se extienda en el tiempo lo suficiente para justificar la utilización de este instrumento, que constituye una persona jurídica ⁴¹. Por otra parte, en cuanto a la comparación de los textos del artículo 2 de la Ley de fundaciones española y del 18 de la Ley francesa de mecenazgo, conviene tener en cuenta que mientras el de la primera se refiere al concepto de fundación, el de la segunda define el acto o negocio fundacional.

También se ha acudido al régimen de las donaciones y al de la institución de heredero y del legado para defender las llamadas cláusulas de reversión con el alcance tradicional. Para ello se parte de entender que el artículo 33 LF no aborda el problema de las citadas cláusulas ya que el precepto se refiere al destino de los bienes resultantes de la liquidación mientras que las llamadas cláusulas de reversión operarían en esta liquidación o previamente a la misma. Estaríamos por tanto ante una cuestión no prevista por el régimen legal de las

³⁸ Véase por todos J. L. PIÑAR y A. REAL, que reconocen haber modificado su opinión, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Madrid, 2000, pp. 160 y ss., y V. DE PRIEGO y los citados por ella, *El negocio fundacional y la adquisición de personalidad jurídica de las fundaciones*, Madrid, 2004, pp. 343 y ss.

³⁹ Artículo 2.1 de la Ley de fundaciones: «Son fundaciones las organizaciones... que... tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general».

⁴⁰ «La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physique ou morale décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt general et à but non lucratif».

⁴¹ Véase por todos LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I-2.º, Barcelona, 1990 p. 236, y J. CAFFARENA, *El régimen jurídico...*, cit., pp. 91 y s.

fundaciones, ante una laguna legal, y procedería aplicar por analogía los preceptos correspondientes a la donación, si la constitución de la fundación se lleva a cabo por acto *inter vivos*, y los correspondientes a la institución de heredero y al legado si la constitución se realiza por acto *mortis causa*⁴². Concretamente se propugna la aplicación analógica del artículo 641 CC en el primer caso y el 790 y 781 entre otros en el segundo para concluir la admisibilidad de las citadas cláusulas de reversión en el negocio fundacional con los únicos límites establecidos en el Código. Sin embargo, el razonamiento expuesto cae por su base, porque en este punto no hay laguna. Teniendo en cuenta el texto del artículo 33 LF, su carácter imperativo y considerando la interpretación que se hacía antes de la Ley de fundaciones de 1994, por la mayoría de la doctrina, del artículo 39 CC, como un precepto que no establecía en este punto límites especiales al fundador, y que por tanto permitía las llamadas cláusulas de reversión, no tiene sentido afirmar que aquel precepto de la Ley de fundaciones no contempla el problema.

La aplicación analógica en este punto de preceptos de la donación y de las instituciones de heredero y legatario parte consciente o inconscientemente de la concepción tradicional de la dotación como acto separado del negocio de creación de la fundación, tesis superada, que no casa con el régimen legal de la fundación en el que el patrimonio es elemento esencial de éste y la dotación lo es del negocio fundacional. Si la fundación se considera un instrumento técnico para destinar bienes a fines de interés general, no tiene sentido separar la creación de la fundación de la disposición de los bienes que constituye la llamada dotación.

Para terminar este apartado hay que añadir que el artículo 3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, establece entre los requisitos para poder optar al régimen especial que la entidad disponga en el negocio fundacional, como destinataria de su patrimonio en el caso de disolución, a otra entidad beneficiaria del mecenazgo o a otras entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general⁴³. Y dentro del mismo apartado alude en concreto a las cláusulas de reversión.

⁴² Respecto de la cuestión general de la posible aplicación analógica de las reglas legales de estas instituciones al negocio fundacional véase J. CAFFARENA, «La constitución de las fundaciones», en S. MUÑOZ MACHADO y otros (coords.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, pp. 97 y ss.

⁴³ «Artículo 3. *Requisitos de las entidades sin fines lucrativos*. Las entidades a que se refiere el artículo anterior, que cumplan los siguientes requisitos, serán consideradas, a efectos de esta ley, como entidades sin fines lucrativos: ... 6.º Que, en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mece-

Como argumentos *de lege ferenda* a favor de las cláusulas de reversión sin limitación de destino a entidades que persigan fines de interés general, suelen citarse fundamentalmente los siguientes: que es la solución más respetuosa con la voluntad del fundador, y que contribuiría a incrementar los recursos económicos destinados a las fundaciones y por tanto a la realización de actividades que persiguen fines de interés general. Además se hace referencia como argumento de autoridad a Derechos como el alemán, el italiano o el suizo.

Ahora bien, en cuanto a los Derechos citados hay que tener en cuenta que pertenecen al ámbito de los Ordenamientos que no exigen que el fin fundacional sea de interés general. Y por lo que respecta a los demás argumentos conviene partir de recordar algunos datos legales de interés en este tema que restan fuerza al problema planteado. En la Ley de fundaciones se admiten expresamente las fundaciones temporales, cuya duración puede ser determinada por el fundador en el negocio fundacional⁴⁴, y la dotación puede consistir en bienes y derechos de cualquier clase⁴⁵, y conviene no olvidar que el requisito de que la dotación sea suficiente se ha entendido siempre de un modo flexible, tanto en la doctrina como en la práctica, y así lo confirmó también el legislador de 2002⁴⁶. No parece por tanto que la prohibición de las cláusulas de reversión que no sean en favor de entidades que persigan fines de interés general suponga una injustificada limitación de la voluntad del fundador que origine problemas insalvables. Más bien cabría pensar que se está planteando un falso problema⁴⁷.

En nuestra opinión la admisibilidad de las citadas cláusulas presenta más inconvenientes que ventajas. En primer lugar, una cláusula de este tipo puede afectar negativamente a la gestión de la fundación por los patronos, que pueden estar interesados en una gestión conservadora del patrimonio⁴⁸. En segundo lugar, las citadas cláusulas constituyen un aliciente para el fraude no

nazgo... o a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general, y esta circunstancia esté expresamente contemplada en el negocio fundacional o en los estatutos de la entidad disuelta... En ningún caso tendrán la condición de entidades sin fines lucrativos, a efectos de esta Ley, aquellas entidades cuyo régimen jurídico permita, en los supuestos de extinción, la reversión de su patrimonio al aportante del mismo o a sus herederos o legatarios, salvo que la reversión esté prevista a favor de alguna entidad beneficiaria del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive de esta Ley».

⁴⁴ Artículo 31: «La fundación se extinguirá: Cuando expire el plazo por el que fue constituida...».

⁴⁵ Artículo 12.1. Por ejemplo un derecho de usufructo.

⁴⁶ *Vide* el artículo 12 de la ley.

⁴⁷ Es significativo que el tema de la admisibilidad de las cláusulas de reversión en la Ley de 1994 se haya planteado fundamentalmente a partir del problema de derecho transitorio suscitado en relación con fundaciones creadas antes de la citada ley y sujetas a dichas cláusulas.

⁴⁸ En este punto son de alabar los artículos 23, 27, 35.1.e) y f).

sólo en el ámbito fiscal sino también en otros ámbitos del Derecho. También está en contra de la admisibilidad de la cláusula el hecho de que el patrimonio objeto de la dotación se beneficie, directa o indirectamente, de un trato fiscal favorable, de subvenciones públicas, de liberalidades de terceros, incluso del asesoramiento y control de la fundación por parte del Protectorado. En definitiva, la admisión de la llamada cláusula de reversión no sólo puede afectar negativamente al funcionamiento de las fundaciones sino también poner en peligro el prestigio de la institución.

Es preferible que el legislador contemple en una regulación separada y distinta las fundaciones para fines de interés particular con este u otro nombre, y si así lo hiciera no habría problemas para permitir que los beneficiarios fueran personas individualmente determinadas y admitir las llamadas cláusulas de reversión con el mismo alcance que en una donación. En todo caso habría que dejar claro que la fundación por antonomasia es la fundación reconocida por la Constitución, la fundación para fines de interés general. No debe haber confusiones al respecto.

2. *El destino final de los bienes de la fundación extinguida en los Derechos autonómicos*

La mayor parte de las leyes autonómicas de fundaciones acogen idéntica o parecida solución a la dispuesta por la ley estatal sobre el destino último de los bienes de la fundación extinguida y sobre las llamadas cláusulas de reversión ⁴⁹.

Son excepciones a la regla las regulaciones sobre fundaciones de las Comunidades Autónomas de Navarra, Madrid y Galicia. En cuanto a Navarra, la ley 47 de la Compilación de su Derecho Civil Foral que se refiere a la reversión en su primer apartado establece: «El acto fundacional o los estatutos podrán establecer la reversión de los bienes en favor de los herederos del fundador o de determinadas personas, sean o no parientes de éste, con el límite de la ley 224» ⁵⁰⁻⁵¹. La disposición transcrita se separa claramente de la solución de

⁴⁹ *Vide* los artículos 35 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de fundaciones del País Vasco; 33 de la Ley 2/1998, de 6 de abril, de fundaciones canarias; 26 de la Ley 8/1998, de 9 de diciembre, de fundaciones de la Comunidad Valenciana; 31 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de fundaciones de Castilla y León; 43 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía; 40 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y 335.6 de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas.

⁵⁰ La ley 224 hace referencia a las limitaciones de las sustituciones fideicomisarias.

⁵¹ El segundo apartado de la citada ley 47 añade: «Cuando se extinga una fundación sin

la ley estatal, no se impone al fundador el límite de que los bienes restantes de la liquidación se destinen a entidades no lucrativas que persigan fines de interés general⁵². No obstante, es necesario añadir que la Ley foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones, exige a éstas para disfrutar de los beneficios fiscales que la dotación tenga carácter irrevocable e irreversible⁵³ y que a su extinción el patrimonio se destine a fines de interés análogos a los realizados por ellas⁵⁴.

Pero fue la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, la que claramente rompió con la regla dispuesta en la Ley estatal de fundaciones⁵⁵. Su artículo 27.2 dispone: «A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador». Del resto del artículo se desprende que no se impone al fundador el límite de que dichos bienes se destinen a entidades no lucrativas que persigan fines de interés general. Así se infiere de la lectura de los apartados 3 y 4 del citado artículo 27. El primero dice: «En el supuesto de que el fundador no haya previsto este destino, el mismo será decidido, en primer término, por el Patronato, cuando tenga reconocida por el fundador esta facultad. A falta de ésta, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido». Y el apartado 4 añade: «En los supuestos del apartado anterior tales bienes se destinarán, en todo caso, a las fundaciones, entidades no lucrativas privadas o entidades públicas que persigan fines de interés general, que desarrollen principalmente sus actividades en la Comunidad de Madrid, y que tengan afectados sus bienes, incluso en el supuesto de su disolución, a la consecución de tales fines». Resulta claro que los límites establecidos en este último apartado no son aplicables cuando el fundador prevé el destino de los bienes resultantes de la liquidación de la fundación extinguida. Conviene no obstante añadir que en el caso de que el fundador dispusiera una cláusula de reversión sin respetar los citados límites la fundación no podría optar por el régimen fiscal dispuesto por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin

haberse previsto el destino de sus bienes, adquirirá éstos la Comunidad Foral de Navarra, que los aplicará a fines similares a los establecidos por el fundador». *Vide* el comentario a dicha ley de M.^a T. GOYÉN URRUTIA en *Comentarios al Fuero Nuevo*, pp. 114 y ss.

⁵² Conviene tener en cuenta sin embargo que la Compilación es anterior a la Constitución y que la Ley foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen fiscal de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, ha ido más allá de su carácter fiscal. *Vide* E. RUBIO TORRANO, *Comentarios al Fuero Nuevo*, Elcano, Navarra, 2002, p. 29.

⁵³ Artículo 7.1.

⁵⁴ Artículo 12.

⁵⁵ Hay que tener en cuenta que la ley 47 de la Compilación de Derecho civil de Navarra es anterior no sólo a la primera Ley estatal de fundaciones sino también a la propia Constitución.

finés lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo ⁵⁶. En 2005, pero con anterioridad a la Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, del Tribunal Constitucional, tuvimos ocasión de comentar el precepto de la Ley madrileña ⁵⁷. Entonces criticamos la solución establecida en el artículo 27.2 no sólo por razones de fondo, sino también por estimar que la Comunidad Autónoma de Madrid carecía de competencia legislativa en este tema del destino final de los bienes de la fundación extinguida. Y ello, en primer lugar, porque consideramos que esta materia era y es de Derecho civil, y que la Comunidad de Madrid no se encontraba entre las Comunidades con un Derecho civil propio. Además defendíamos que la solución, la que fuera, sobre el destino de los bienes de la fundación extinguida competía decidirla al Estado, porque estimamos que forma parte de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todo los españoles en el ejercicio de este derecho (art. 149.1.1.^a) ⁵⁸.

La nueva Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego, tras la «confirmación» por la Sentencia del Tribunal Constitucional del artículo 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad Autónoma de Madrid, ha ido más lejos que ésta en el artículo 45 («Destino de los bienes en caso de extinción»). En la primera parte del apartado 1 de este precepto se transcribe literalmente el citado artículo 27.2 de la Ley madrileña: «A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador», añadiendo a continuación «o decidido por el patronato cuando tenga reconocida esta facultad en la carta fundacional». La facultad de decidir el destino de los bienes resultantes de la liquidación sin los límites establecidos en el apartado 2 se extiende al patronato siempre que tenga reconocida dicha facultad en la carta fundacional ⁵⁹. Si nos parece criticable en este punto el régimen de la Ley madrileña, con mayor razón el de las fundaciones de interés gallego. Se permite decidir sin los límites legales el destino de los bienes a quienes no tienen que ser fundadores y además se les permite que lo hagan en el momento de la extinción, eso sí, con la voluntad del fundador.

⁵⁶ *Vide* art. 3.6.º

⁵⁷ *Vide* J. CAFFARENA. «La extinción de la fundación», en S. MUÑOZ MACHADO y otros (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y de mecenazgo*, pp. 464 y s.

⁵⁸ Nos remitimos al trabajo citado en la nota anterior y al siguiente apartado en el que se comenta la discutida sentencia del Tribunal Constitucional.

⁵⁹ Así reza el apartado 2 del artículo 45 de la Ley gallega: «Si no existiera previsión del fundador ni facultad del patronato, corresponderá al protectorado destinar tales bienes y derechos a las fundaciones, entidades no lucrativas privadas o entidades públicas que persigan fines de interés general, que desarrollen principalmente sus actividades en Galicia y tengan afectados sus bienes, incluso en el supuesto de disolución, a la consecución de tales fines».

3. *La Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 2005*

La Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid, de 2 de marzo de 1998 (1/1998), que en su artículo 27.2 reconoce al fundador la posibilidad de decidir, sin establecer límite alguno, el destino de los bienes de la fundación extinguida, la posibilidad por tanto de establecer para éstos un destino que implique sustraerlos de su afección a fines de interés general, permite la llamada cláusula de reversión. Éste fue sin duda el precepto más novedoso de la Ley madrileña de fundaciones y resulta sorprendente que no se hiciera referencia al mismo en la Exposición de Motivos. Aunque su alcance práctico quede limitado por el régimen fiscal.

El citado precepto, además, ha sido salvado por el Tribunal Constitucional en la farragosa, confusa y criticable Sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, aunque, todo hay que decirlo, con la ayuda inestimable de la correspondiente disposición final primera de las dos Leyes de fundaciones, de 1994 y 2002, que no citaban entre los artículos de aplicación general el precepto referido al tema del destino de los bienes de la fundación extinguida, pero ello evidentemente no impedía al Tribunal enjuiciar el citado precepto a la luz de la Constitución ⁶⁰.

⁶⁰ Se transcriben a continuación los fundamentos jurídicos 5, 6 y 7 que se refieren al tema que aquí interesa que: «5. Tras lo expuesto, parece llegado el momento de examinar la constitucionalidad del art. 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid, primero de los preceptos impugnados por los actores, quienes fundan su recurso en dos motivos. El primero de ellos es de carácter competencial y en él se achaca al mencionado precepto legal trasgresión de las competencias reservadas en exclusiva al Estado por los arts. 149.1.1 y 149.1.8 CE. Como segundo motivo, aducen los Senadores recurrentes que el precepto legal es contrario a la garantía institucional del derecho de fundación consagrada en el art. 34 CE.

Para el encuadramiento competencial del art. 27.2, que figura en la Ley con la rúbrica “Liquidación”, procede recordar la integridad de su estructura y contenido. En el primer apartado se especifica que corresponde al Patronato, bajo el control del Protectorado, proceder a la liquidación de las fundaciones extintas, excepto en el caso de fusión y en el segundo apartado, que es el ahora impugnado, se establece la siguiente regla:

“A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una Fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador”.

Para la hipótesis de que el fundador nada hubiera dispuesto al respecto, en el apartado tercero se contempla la posibilidad de que el instituyente atribuya la facultad de decidir el destino de los bienes al Patronato; en otro caso, su ejercicio corresponderá al Protectorado. A su vez, en el apartado cuarto y último se limita esta facultad de disposición, estableciéndose que los bienes “se destinarán, en todo caso, a las Fundaciones, entidades no lucrativas privadas o entidades públicas que persigan fines de interés general, que desarrollen principalmente sus actividades en la Comunidad de Madrid, y que tengan afectados sus bienes, incluso en el supuesto de su disolución, a la consecución de tales fines”.

Parten los Senadores recurrentes de la consideración de que las normas que disciplinan la liquidación de una fundación privada son normas de Derecho civil, materia sobre la que care-

ce de competencias la Comunidad Autónoma de Madrid, y que el legislador estatal ha desarrollado concretamente en las normas contenidas en el art. 31 la Ley 30/1994 (reiteradas en el art. 33 de la vigente Ley 50/2002) que habrían modificado en este punto lo dispuesto en el art. 39 del Código Civil (CC). Conforme a los citados preceptos de la Ley estatal, el procedimiento de liquidación debe realizarse por el órgano de gobierno de la fundación bajo el control del Protectorado, disponiéndose al efecto, en el apartado segundo de ambos artículos que “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 designadas en el negocio fundacional o, en su defecto, a las que decida el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador y, a falta de esa facultad, a los que acuerde el Protectorado. Finalmente, en el apartado tercero se contempla la posibilidad de que se prevea en los estatutos o cláusulas fundacionales que el patrimonio fundacional se destine “a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general”.

Pues bien, en los términos del recurso, el art. 31 de la Ley 30/1994 debería tomarse como canon de validez de la norma autonómica, ya sea por el “evidente sustrato civil” del contenido del precepto (lo que nos conduciría al art. 149.1.8 CE), ya sea por su caracterización como una condición básica del ejercicio del derecho de fundación a los efectos del art. 149.1.1 CE, del que nos ocuparemos más adelante.

A estos argumentos responde el Letrado de la Comunidad de Madrid subrayando la línea de continuidad existente entre el art. 39 CC y lo dispuesto en el art. 27.2 de la Ley autonómica con respecto al protagonismo otorgado a la voluntad del fundador en punto a decidir el destino de los bienes relictos. Asimismo, destaca que el precepto legal impugnado se ha dictado en ejercicio de la competencia exclusiva sobre “fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma” que ostentan la Comunidad Autónoma de Madrid en virtud del art. 26.24 de su Estatuto de Autonomía (actualmente, art. 26.1.26). De la conjunción de los diversos títulos competenciales autonómicos en la materia deduce el carácter residual de la competencia estatal sobre fundaciones, en el bien entendido de que el Estado puede incidir sobre la regulación de esta materia —que ha adquirido sustantividad propia en el bloque de la constitucionalidad— desde otros títulos competenciales.

Ante todo debemos comenzar descartando la argumentación de los actores según la cual el art. 31 de la Ley 30/1994 (o su equivalente de la Ley 50/2002) ha producido una modificación del art. 39 CC. En efecto, tal modificación no puede entenderse producida porque las Leyes estatales de referencia responden, precisamente, a lo previsto en la propia norma del Código Civil constituyendo, pues, un complemento reclamado por la misma. Por lo demás, el silencio de ambas disposiciones al respecto, reforzado por el hecho de que ni siquiera se les atribuya naturaleza civil, abonan una primera impresión en tal sentido. Impresión que resulta contrastada si se atiende al contenido de las disposiciones de referencia que, en relación con las fundaciones que sean de competencia estatal, básicamente, se contraen a distribuir entre los órganos de las fundaciones las competencias para disponer sobre el caudal relicto de las mismas, tras su extinción.

Pues bien, desde la perspectiva de la Ley recurrida, ocurre lo propio, ya que, habiendo asumido estatutariamente el legislador autonómico competencia sobre el régimen jurídico de las fundaciones que desarrollen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, dentro de dicha competencia encuentra perfecto acomodo el establecimiento de normas relativas a las actuaciones administrativas procedentes en caso de disolución de los entes regulados. Y es que declarar, como hace el precepto legal impugnado, que el destino de los bienes de la fundación en caso de extinción será, en primer término, el decidido por el fundador, no supone regulación de la posible cesión o transferencia de bienes patrimoniales ni de

ningún instituto civil, sino el reconocimiento de la eficacia de tal decisión, desde la perspectiva de la liquidación que debe llevar a cabo el Patronato, bajo el control del Protectorado, según prescribe el art. 27.1 de la Ley autonómica.

En este contexto, pues, la norma incorpora una regla de actuación destinada a ordenar el desarrollo de las funciones propias del Patronato y del Protectorado, este último como órgano administrativo de control; por tanto, el art. 27.2 en cuestión es reconducible con naturalidad al ámbito de la actividad liquidadora y, consecuentemente, a la competencia que al respecto corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de fundaciones, *ex* art. 26.1.26 del Estatuto de Autonomía.

En consecuencia, no cabe apreciar que el art. 27.2 de la Ley autonómica invada la competencia a que se refiere el art. 149.1.8 CE, por lo que, desde esta perspectiva, ha de concluirse que no incurre en exceso competencial del que se derive tacha de inconstitucionalidad.

6. Distinto alcance tiene el reproche que los senadores recurrentes dirigen al art. 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid por entender que conculca condiciones básicas de ejercicio del derecho de fundación, en concreto las previstas en el art. 1.1 y 2.1 de la Ley 30/1994 (normas que en la vigente Ley 50/2002, nos conducen a los arts. 1.1 y 3.3) dictadas en desarrollo de la competencia del art. 149.1.1 CE. Toda vez que estas condiciones básicas están vinculadas a la garantía institucional que al derecho de fundación otorga el art. 34.1 CE, procede que analicemos ambos aspectos conjuntamente, como así vienen a hacer las partes.

En relación con este extremo consideran los actores que el cuestionado precepto autonómico, en contraste con la normativa estatal, permite al fundador hacer uso de las denominadas cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales, lo que supondría el derecho de retrocesión de los bienes y derechos de las fundaciones extinguidas hacia su propio patrimonio o el de terceros, con la consiguiente desafectación del patrimonio fundacional al servicio del interés general. Pues bien, se mantiene por los recurrentes, admitir la cláusula de reversión o desafectación del patrimonio fundacional es contrario al art. 34 CE porque ignora la garantía del instituto de la fundación. Dicha garantía remite a la noción de “recognoscibilidad” de la institución, que sólo puede existir si concurren la ya mencionada ausencia de ánimo de lucro y la vinculación tanto de la fundación como de su patrimonio al servicio del interés general. Según su parecer, si se permite la reversión de los patrimonios fundacionales, se está contaminando la imagen social de las fundaciones, con lo que se privaría de efectos al art. 34 CE.

A su vez el Letrado de la Comunidad Autónoma de Madrid, al referirse a la garantía institucional del derecho de fundación contenida en el art. 34 CE, hace hincapié en que la Ley autonómica no se aparta del modelo constitucional de fundaciones puesto que no ampara las de interés particular, lo que no impide que, una vez extinguidas, a los bienes se les dé el destino previsto por el fundador, aunque ese destino no responda al interés general. Ello no resulta contrario al art. 34 CE puesto que la fundación, mientras ha existido, se ha atenido a la consecución de dicho fin y, una vez extinta, como quiera que ya no existe fundación, desaparece el deber de perseguir un fin de interés general; solución que resulta coherente con la primacía que en las fundaciones se atribuye a la voluntad del fundador en el art. 39 CC. A lo que añade el Letrado autonómico que hay que recordar que la extinción de la fundación escapa, en nuestro Derecho, a la voluntad del fundador o del órgano de gobierno de la institución, evitándose así el riesgo de que pueda adulterarse su sentido.

7. Planteado el debate en tales términos, el examen del contenido del art. 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid, ha de realizarse a la luz que nos ofrece la consideración de las fundaciones como entidades sin ánimo de lucro. Una consideración que merece ser calificada como elemento nuclear de la figura y en la que —amén de su consideración como condición básica para el ejercicio del derecho de fundación, según resulta de lo dispuesto en los arts. 1.1 de la Ley 30/1994 y 2.1 de la Ley 50/2002, preceptos ambos dictados al am-

paro de la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.1 CE—, puede verse el lógico corolario de la proclamación del derecho de fundación “para fines de interés general” (art. 34.1 CE), pues ese componente finalista excluye de suyo la satisfacción de intereses particulares mediante la obtención de beneficios (cuya referencia constitucional ha de buscarse, llegado el caso, en el art. 38 CE).

Idéntica preocupación resulta de las normas estatales sobre los fines que pueden perseguir las fundaciones (arts. 2.3 de la Ley 30/1994 y 3.3 de la Ley 50/2002, dictadas ambas *ex art.* 149.1.1 CE), a cuyo tenor, en la redacción notoriamente más amplia de la última Ley, “en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”. Ahora bien, aunque de su tenor literal resulta evidente que la norma se dirige al momento de la constitución de la fundación, el control de los fines fundacionales debe prolongarse a todo lo largo de la vida de la fundación hasta su extinción.

En este punto, conviene reiterar una vez más que, como ya afirmamos en nuestra STC 49/1988, de 22 de marzo, y recordábamos en el FJ 4 de esta resolución, el concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional, coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas, “considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera” (FJ 5).

Dicho de otro modo, de la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico protegido por el art. 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al “interés general” en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación. De suerte que el mencionado precepto constitucional no cierra las opciones del legislador puesto que no limita su libertad de configuración de las fundaciones imponiéndole, como contenido esencial del derecho preservado, cuál haya de ser, una vez extinguida, el destino de los bienes y derechos con los que se dote a la fundación. Por lo demás ya hemos visto que las normas legales dictadas por el Estado al amparo del art. 149.1.1 CE no contienen criterios restrictivos en punto a esta cuestión.

Con tal entendimiento, cuando el art. 27.2 de la Ley autonómica dispone que “a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador”, lo que hace, ante todo, es situar en primer término la voluntad del fundador para decidir sobre el destino del patrimonio de la fundación extinta. Esta previsión, que no es contradictoria con lo dispuesto tanto en el art. 31 de la Ley de las Cortes Generales 30/1994 como en el art. 33 de la Ley 50/2002, donde se reconoce expresamente al fundador ese mismo derecho de elección, no puede merecer, por sí sola, reproche alguno de inconstitucionalidad puesto que no perturba la caracterización de las fundaciones como entidades no lucrativas.

Por tanto, lo que los recurrentes imputan realmente al precepto autonómico recurrido es que no prohíba expresamente el establecimiento de cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales, es decir, que en su tenor literal no limite esa capacidad de elección del fundador. El análisis de esta posible causa de inconstitucionalidad ha de partir de nuestra doctrina, antes reproducida, sobre el derecho de fundación y de que tal prohibición tampoco se explicita en la

La susodicha disposición final primera fue el precepto más criticado de la Ley de 1994 y también lo es de la Ley de 2002, y con motivos sobrados, sobre todo a partir de la sentencia en cuestión. No responde a criterios coherentes y razonables. Buena prueba de ello son las diferencias que existen entre las dos leyes citadas respecto de dicha disposición.

Lo paradójico es que haya sido una comunidad autónoma sin Derecho civil propio, la Comunidad Autónoma de Madrid, la primera que tras la entrada en vigor de la Ley estatal de fundaciones de 1994 ha planteado el problema ⁶¹. El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por sesenta y un senadores del Grupo Parlamentario Socialista no sólo contra el artículo 27.2, que es el

normativa dictada al amparo del art. 149.1.1 CE, teniendo en cuenta el principio tantas veces reiterado que propugna la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales (por todas STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6).

Pues bien, con la atención puesta en el interés general que conforme a lo previsto en el art. 34 CE debe presidir las fundaciones, desde su constitución hasta su extinción, necesariamente la omisión que se reprueba no puede prevalecer sobre la finalidad orientada a la prosecución de tal interés que marca la propia Ley de la Comunidad de Madrid a las fundaciones de su competencia (art. 3), así como sobre la llamada que la misma Ley hace a la legislación estatal que sea de “aplicación general” (art. 2), legislación esta última que hoy cabe referir al art. 3.3 de la Ley 50/2002, dictado al amparo del artículo 149.1.1 CE, y que igualmente preserva el interés general. Además, no hay que olvidar que en nuestro Ordenamiento jurídico la extinción de la fundación —no regulada como tal por la Ley impugnada— escapa sustancialmente a la voluntad del fundador, expresada fuera del negocio fundacional, o del órgano de gobierno de la institución, lo que contribuye a evitar que se aduldere su sentido (así resulta del art. 32 de la Ley 50/2002, dictado al amparo del art. 149.1.8 CE y el concordante art. 26 de la Ley autonómica). Por tanto si en casos concretos llegara a manifestarse una desviación patológica en la aplicación de la Ley, de suerte que la liquidación produjera un lucro para el fundador (o para las personas físicas o jurídicas designadas por él), incompatible con el interés general que debe presidir el instituto de la fundación, el Estado de Derecho cuenta con instrumentos suficientes para arbitrar los controles oportunos que cada supuesto requiera, a la vista de la legislación civil y de la normativa concreta en materia de fundaciones. En tal sentido deberá tenerse en cuenta que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquellos con los que el propio fundador dotó a la fundación.

En definitiva, la omisión que, como ya hemos dicho, los recurrentes denuncian como causa de inconstitucionalidad del art. 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid, no puede entenderse que permite al fundador hacer previsiones, para después de la extinción de la fundación, que ignoren o contradigan la finalidad de interés general que la Constitución impone como esencia de la naturaleza jurídica de la institución y que, a su vez, se establece también en el Código Civil, en la Ley estatal de fundaciones y en la propia Ley autonómica impugnada.

En atención a todo lo anterior, hemos de concluir que el art. 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid no es inconstitucional interpretado en los términos expuestos».

⁶¹ Distinto es el caso de Navarra cuya regulación sobre el tema formaba parte de la Compilación de su Derecho Civil Foral, anterior a la Constitución.

que aquí nos interesa, sino también contra otros por motivos muy distintos. De forma resumida los argumentos esgrimidos por los recurrentes contra el artículo 27.2 de Ley de fundaciones madrileña eran los siguientes: que el citado precepto invade las competencias exclusivas del Estado sobre las materias 1.^a y 8.^a del artículo 149.1 de la Constitución y que la cláusula de reversión vulnera la garantía de instituto que el artículo 34 de la Constitución establece a favor de la fundación, en cuya configuración normativa hay dos notas esenciales: la vinculación de las fundaciones y la afectación de sus patrimonios al interés general, y la ausencia del ánimo de lucro desde el nacimiento hasta la extinción de las fundaciones.

Pues bien, en cuanto a la pretendida invasión de la competencia correspondiente al Estado en materia de Derecho Civil ⁶² entiende el Tribunal Constitucional que el artículo 31 de la Ley estatal de fundaciones de 1994, correspondiente al 33 de la hoy vigente de 2002, no han modificado el artículo 39 del Código civil y constituyen «un complemento reclamado» por éste. Según el Tribunal no estamos ante normas de naturaleza civil, pues la disposición final primera de aquellas leyes no las reconocen como tales, sino de «normas relativas a las actuaciones administrativas procedentes en caso de disolución de los entes regulados» (*sic*).

La argumentación que hemos tratado de extractar de un modo más o menos inteligible es en el mejor de los casos extravagante. Desconoce el alcance del artículo 31 de la Ley 30/1994 y su equivalente artículo 33 de la Ley 50/2002 y el cambio que supuso el primero en el régimen del tema del destino último de los bienes de la fundación extinguida. Ningún autor serio ha defendido sin más que el artículo 31 de la Ley de 1994 dejara intacto el alcance del artículo 39 del Código civil en cuanto a la libertad del fundador para decidir el destino de los bienes restantes de la fundación extinguida. Ningún autor serio ha entendido que el citado artículo 31 sea simplemente una norma relativa a las actuaciones administrativas procedentes en caso de disolución de las fundaciones. Nos remitimos a lo expuesto en el apartado correspondiente ⁶³. Cosa dis-

⁶² Los recurrentes parten de considerar que las normas que se refieren a la liquidación de la fundación extinguida y al destino de los bienes resultantes de la misma, son normas de Derecho civil y que dichas normas se contenían en el artículo 31 de la ley estatal de 1994, reiteradas en el artículo 33 de la hoy vigente Ley 50/2002, normas que habrían modificado en este punto el artículo 39 del Código civil. Por tanto, los recurrentes entendían que el citado artículo 31 debía tomarse como canon de validez de la norma autonómica en cuestión por el «evidente sustrato civil», al carecer la Comunidad Autónoma de Madrid de competencias sobre esta materia.

⁶³ III.1.

tinta es que se haya defendido que la regla estatal sobre el destino de los bienes restantes de la fundación extinguida no puede imponerse al conjunto de los Derechos autonómicos que tengan una solución diferente, sobre todo cuando se trate de Autonomías con Derecho civil propio. El único argumento admisible que apenas cita la comentada sentencia en este apartado es el argumento que se suele manejar como fundamental a tal efecto y se refiere a la ausencia en la disposición final primera de las leyes estatales de fundaciones de los artículos que se refieren al tema (31 de la Ley de 1994 y 33 de la de 2002). Pero no hay duda de que estamos ante una materia de puro Derecho civil, contemplado antes de la Constitución en leyes genuinamente civiles, como el Código civil y la Compilación de Derecho civil de Navarra, un tema que afecta al alcance de la disposición patrimonial llevada a cabo en virtud del llamado negocio fundacional que es un negocio de Derecho civil. Resulta más que discutible que la citada ausencia de aquellos preceptos en la disposición final primera altere la naturaleza civil de éstos.

En cuanto a la objeción de los recurrentes de que el citado artículo 27.2 de la Ley madrileña invade la competencia del Estado en materia de condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de fundación y que vulnera la garantía institucional que establece el artículo 34 de la Constitución a favor de la fundación, en la sentencia se confunden y se mezclan ambos temas para llegar a la conclusión de que los requisitos que se establecen para el fin de interés general, que entre otras cosas excluye el ánimo de lucro, son exigibles no sólo en el momento de la constitución de la fundación sino durante toda su vida y también a su extinción. Ello excluye la posibilidad de cláusulas de reversión que alcancen a bienes y derechos distintos de aquellos con los que el propio fundador dotó a la fundación. Y acaba diciendo: «En definitiva, la omisión que, como ya hemos dicho, los recurrentes denuncian como causa de inconstitucionalidad del art. 27.2 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, no puede entenderse que permite al fundador hacer previsiones, para después de la extinción de la fundación, que ignoren o contradigan la finalidad de interés general que la Constitución impone como esencia de la naturaleza jurídica de la institución y que, a su vez se establece también en el Código civil, en la Ley estatal de fundaciones y en la propia Ley autonómica impugnada. En atención a todo lo anterior, hemos de concluir que el art. 27.2 de la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid no es inconstitucional interpretado en los términos expuestos».

La interpretación conforme a la Constitución del artículo 27.2 de la Ley madrileña que el Tribunal Constitucional lleva a cabo en el Fundamento Jurídico 7 para negar su inconstitucionalidad no convence en absoluto.

En nuestra opinión está claro que en este tema del destino final de los bienes de la fundación extinguida o si se quiere de las llamadas cláusulas de reversión la Constitución no «dice nada» y que el legislador tiene las manos libres. La Constitución se limita a reconocer el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley, y el contenido esencial del citado derecho, mejor garantía institucional, es respetado tanto con una como con otra solución. Por supuesto siempre que el citado destino final de los bienes se regule por el legislador de modo que sea conforme con el concepto de fundación que se deriva de la Constitución, y que se concreta fundamentalmente en los artículos 2 y 3.1, 2 y 3 de la Ley estatal de 2002. Se trata de que la fundación no sirva de instrumento para el lucro personal y más ampliamente que cumpla con el requisito de perseguir la realización de fines de interés general.

Cosa distinta es que no estemos ante un tema básico que afecte al ejercicio en condiciones de igualdad de todos los españoles del derecho de fundación. La creación de una fundación supone siempre un «acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera»⁶⁴. El que la afectación de los bienes dispuestos por el fundador a dichos fines de interés general tenga que ser definitiva e irreversible o no, es un tema básico esencial. La igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de fundación exige que el Estado tenga la competencia exclusiva en este extremo. De otro modo, si las Comunidades Autónomas tuviesen competencia para decidir sobre esta cuestión, no se garantizaría la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de fundación. Ello haría posible que en unas comunidades para crear una fundación fuese necesaria una disposición de bienes irreversible mientras que en otras cabría una dotación con cláusula de reversión.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo. También pone de manifiesto la sentencia: «que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados» (FJ 5).

La gestión de los recursos económicos de las fundaciones

Amadeo Petitbò Juan

Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Complutense de Madrid

Francisco Hernández Marcos

Ex Becario de la Fundación Rafael del Pino

Charities exist to create a better society
Charity Commission. UK ¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS ECONÓMICOS DE LAS FUNDACIONES.—III. EL RIESGO DE PÉRDIDA DEL VALOR PATRIMONIAL DE UNA FUNDACIÓN HIPOTÉTICA PERO NO IRREAL.—IV. UN RIESGO: EL AUMENTO DE LA TASA DE VARIACIÓN ANUAL DEL IPC.—V. UN REMEDIO: INCREMENTAR EL RIESGO MEDIANTE UNA GESTIÓN PRUDENTE Y PROFESIONAL.—VI. UNA CUESTIÓN ADICIONAL: FLEXIBILIZAR EL 70%.—VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS FUNDACIONES OPERATIVAS.—VIII. CONCLUSIONES.

I. Introducción

El presente trabajo tiene su origen en una ponencia presentada en la II Conferencia General de la Asociación Española de Fundaciones que tuvo lugar en Madrid el día 24 de octubre de 2005.

El objetivo perseguido en aquellos momentos era demostrar que sobre la base de las hipótesis más previsibles acerca de la evolución de la economía española a corto y medio plazo en un contexto económico de expansión, la regulación de las fundaciones españolas y una conducta conservadora en la decisión de invertir hacían inviable, a largo plazo, la supervivencia de las fundaciones patrimoniales.

En efecto, la obligación de destinar a proyectos el 70% de los ingresos, la elevada inflación y la reducida rentabilidad de las inversiones sin riesgo, sólo deja una opción financiera a las fundaciones: invertir con riesgo y dedicar las

¹ CHARITY COMMISSION, *Report on findings of a survey of public trust and confidence in charities*, preparado por Opinion Leader Research, noviembre 2005.

eventuales plusvalías a incrementar su dotación patrimonial para obtener nuevos ingresos y mantener, en consecuencia, el valor real de dicha dotación.

Se sabía que tal estrategia, la única posible para mantener la actividad real de las fundaciones, conllevaba un riesgo: el impacto de una eventual crisis económica sobre las inversiones financieras de las fundaciones y sobre sus activos financieros.

Este riesgo, en bastantes casos, se ha convertido en una realidad. Corresponde ahora, en consecuencia, reanudar el ejercicio sobre la base de nuevos datos, más acordes con la situación actual y con las perspectivas posibles a corto plazo. En cualquier caso, se considerarán dos escenarios que permitirán poner de manifiesto si la regulación financiera de las fundaciones puede ser calificada de eficiente con independencia del contexto económico.

El mundo fundacional constituye una unidad poliédrica cohesionada por el principio del impulso a las actividades de interés general ² que es compartida en términos generales. Y, en relación con el interés general, es preferible más actividad a menos. Por esta razón, es necesaria la protección pública. En consecuencia, cuanto aquí se diga tiene que ver con lo que une y cohesiona a las fundaciones, que no es otra cosa que su deseo de contribuir a mejorar nuestra sociedad.

Dada la composición diversa y heterogénea del colectivo fundacional, en un trabajo como el presente los sesgos son inevitables. Pero debe quedar claro que la intención perseguida no es otra que la de fomentar la supervivencia del conjunto de las fundaciones, pues es dicho conjunto el que debe ser impulsado y protegido dado que al potenciar el conjunto en la Asociación Española de Fundaciones también se potencian las partes del mismo. Y en este punto no debe olvidarse que el conjunto de las fundaciones asociadas se distribuye como sigue: un 13,8% corresponde a fundaciones cuyo presupuesto es igual o

² M. REY sostiene que «El sector fundacional español no debe ser considerado como un sector cerrado ni monolítico, sino, más bien, como un *continuum* donde conviven, por una parte, modelos de fundación y, por otra, modelos de relación con el resto del sector no lucrativo, con el sector público y con el sector privado, netamente diferenciados. De esta forma coexisten una minoría de fundaciones exclusivamente patrimoniales con una mayoría de fundaciones que también son recaudadoras de fondos e, incluso, con fundaciones *contra natura*, como las fundaciones públicas, instauradoras de un inquietante modelo de gestión privada de recursos públicos. Coexisten fundaciones con gobierno y misión autónomos con fundaciones empresariales, y fundaciones con vocación de permanencia con otras fundaciones temporales, con una forma de ser oportunista. Las obras sociales de las cajas de ahorro, directamente o a través de sus fundaciones, han alcanzado un protagonismo social y económico, insólito en el entorno europeo». Ver M. REY, «El panorama real de les fundacions a Espanya: la fi de la filantropia?», *Revista Econòmica de Catalunya*, n.º 47, 2003, coordinado por A. PETITBÒ y V. PICH.

superior a los 600.000€; un 19,3% está formado por fundaciones cuyo presupuesto está comprendido entre los 150.000 y los 600.000€, y casi el 55% restante comprende fundaciones cuyo presupuesto anual es inferior a los 150.000€³. Se trata, pues, de subconjuntos heterogéneos soldados por el objetivo común de contribuir a una sociedad mejor. En consecuencia, todas las fundaciones son merecedoras de respeto y atención, con independencia de la magnitud de su patrimonio, de sus recursos patrimoniales y de sus lícitos objetivos.

También se ha tenido presente a los Protectorados que deberían ser reforzados para cumplir con una misión que debería ser más compleja que la que desempeñan actualmente. Su tarea, condicionada por la regulación, debe ser respetada y bienvenida, por su función de asesoramiento y control. A las fundaciones incumbe una misión importante y los Protectorados son responsables, entre otras cuestiones, del control de legalidad, lo que también es importante, aunque conviene reflexionar no solamente sobre su función actual sino sobre cuál debería ser su función en el futuro.

II. La gestión de los recursos económicos de las fundaciones

Ante todo, debe subrayarse que la gestión de los recursos económicos, referencia fundamental de la prestación de servicios de interés general, se sitúa en el núcleo del quehacer de las fundaciones. Las actuaciones son el resultado de dicha gestión. Se trata, en consecuencia, de asegurar una gestión acertada desde la perspectiva de los ingresos y, también, por supuesto, de una gestión eficaz desde la perspectiva de los gastos. Ambos principios, simultáneamente considerados, son válidos con independencia de la naturaleza patrimonial u operativa de las fundaciones. Este planteamiento no es original, pues procede del núcleo de la ciencia económica, consistente⁴, de acuerdo con el viejo principio de los economistas, en asignar eficientemente los recursos escasos en función de unos fines definidos previamente —en el presente caso, por el fun-

³ Según J. L. GARCÍA DELGADO (dir.), el 21,04% de las fundaciones tienen unos ingresos anuales inferiores a los 100.000 €; el 39,94%, entre 100.000 y 1.000.000 de euros, y 27,44% restante superior a 1.000.000 de euros. En todo caso, debe subrayarse que estos datos proceden de una encuesta efectuada a 328 fundaciones y que las respuestas válidas han sido 290. Lógicamente, este procedimiento incluye sesgos importantes que pueden alterar de forma muy significativa la realidad fundacional. En nuestra opinión, los datos ofrecidos por la representación fundacional son más acordes con la realidad. Ver J. L. GARCÍA DELGADO (dir.), *Las cuentas de la economía social. Magnitudes y financiación del tercer sector en España, 2005*, Civitas, 2009.

⁴ Ver L. ROBBINS, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2.^a ed., MacMillan, 1935.

dador— a lo que ahora se añade, con innecesaria insistencia, la guinda, probablemente redundante, de la sostenibilidad.

La necesidad del acierto en la gestión se justifica por el hecho de que las fundaciones asumen el compromiso de llevar a cabo sus actividades —por definición, de interés general— de acuerdo con los objetivos definidos por su fundador y con voluntad de permanencia. Ello exige la disponibilidad de un flujo de recursos, contabilizados en términos reales, estables o crecientes en el tiempo.

Estas cuestiones, reforzadas por las dosis de sentido común que incluyen, ya se contemplaban en un documento del Centro Europeo de Fundaciones⁵ que se presenta como un «borrador de prácticas y guías de aplicación» cuyo objetivo es la «elaboración del código del Centro Europeo». Su Principio n. 4 se dedicaba a la «Dirección: gestión y finanzas». En el mismo se sostenía que «Las fundaciones promueven una organización y funcionamiento eficiente, asegurando una gestión sostenible y prudente, procedimientos y estrategias de inversión, y un buen uso de los recursos»⁶. Además, «Deben asegurar que su contabilidad se lleva según las normas establecidas en el país en el que residen...». También se defendían los principios de transparencia y respeto a las leyes y los de «evaluación constante y una supervisión apropiada de sus acciones y programas». Todo ello de un innegable sentido común.

En cualquier caso, tales principios, como referencia, son de utilidad, pero, realmente, poco aportan a lo que los directivos eficientes de las fundaciones ya saben y practican. Incluso, sus elementos fundamentales están recogidos en la propia ley de fundaciones española. Con toda seguridad, la experiencia globalizada y la reflexión deberían permitir redondear mejor aquellas propuestas en beneficio del colectivo fundacional y de la propia sociedad. La bibliografía existente es rica en sugerencias y matices. Acaso, aquellos buenos deseos de los redactores podrían completarse haciendo mención a una cuestión que resulta tan importante como olvidada pese a estar recogida en la norma reguladora de las fundaciones españolas: también es misión de las fundaciones y de sus órganos de representación dirigirse a las autoridades competentes sugiriendo mejoras en la regulación cuando ésta se considera insuficiente, inadecuada o ineficiente. Con toda seguridad, si reflexionamos sobre nuestra experiencia cotidiana encontraremos bastantes aspectos susceptibles de mejora.

⁵ Centro Europeo de Fundaciones (s.t). Principios de buenas prácticas del Centro Europeo de Fundaciones. Ver también, por ejemplo, J. MARTÍN CAVANNA (s.f.), *Cómo elaborar un código de buen gobierno*, Fundación Compromiso Empresarial.

⁶ En algunos casos, por decisión del fundador, la vida de las fundaciones se limita en el tiempo. Ver, por ejemplo, The Atlantic Philantropies. 2005 Annual Report. Bringing Lasting Change.

Una primera aproximación al análisis del mundo fundacional en España abre una caja de sorpresas. La primera cuestión que sorprende es la imposibilidad de conocer con exactitud el número de fundaciones y sus características relevantes. También sorprende el elevado número de fundaciones registradas. Esta situación —necesariamente mejorable— impide el análisis científico de la realidad fundacional española y limita la reflexión a cuestiones —en general, epidérmicas— sin que sea posible establecer relaciones causales apoyadas en las técnicas científicas requeridas por el conocimiento riguroso de las realidades concretas.

Un ejemplo de la insuficiencia o falta de calidad de la información sobre fundaciones se deduce de los datos proporcionados en J. L. García Delgado (dir.) (citado) en relación con el número de fundaciones y su distribución entre activos y su actividad en el año 2001. En efecto, los datos presentados muestran que en el año 2001 España contaba con 7.150 fundaciones de las cuales sólo el 35% eran entidades con actividad. Por su parte, en el año 2005, el número de fundaciones se sitúa en 8.419, de las cuales el 71,8% se consideraban fundaciones con actividad. Tales datos pueden conducir al optimismo, pero, con toda probabilidad, el incremento en el número de fundaciones con actividad no refleja la realidad ⁷.

La sorpresa en relación con el escaso conocimiento de la realidad fundacional española se justifica, además, por la existencia de un Registro de fundaciones previsto en la legislación. Es cierto que los registros son abundantes en las Administraciones públicas. Pero también lo es que su utilidad, posiblemente salvo excepciones, es escasa. Por ello sorprende que, en plena sociedad de la información, los registros no sean instrumentos informatizados, llenos de contenido relevante, gestionados eficientemente con fines de análisis e investigación, bien administrados y públicos. En el caso de las fundaciones el asunto alcanza una importancia cualificada desde el momento en que se considera que la voluntad de los altruistas fundadores sólo adquiere plena validez jurídica cuando la fundación ha sido inscrita en el oportuno registro.

La sorpresa en relación con el elevado número de fundaciones que figuran en todos los registros tiene su origen en el hecho de que las organizaciones fundacionales no disfrutan de plenas libertades de actuación al estar sometidas a unos fines de interés general definidos por el fundador pero sometidos a la supervisión de los distintos Protectorados —excesivos en número, sin duda—

⁷ Los datos de 2001 o de 2005 —o ambos— son, con toda certeza, erróneos. La explicación del error reside, sin duda, en el método de cálculo. Seguimos, en consecuencia, sin conocer, con la necesaria precisión, la realidad del mundo fundacional. Un mundo demasiado opaco.

que deben velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación, lo que está plenamente justificado. Un ejemplo relevante de control es el ejercido sobre la enajenación o gravamen de los bienes o derechos que forman parte del activo o están relacionados directamente con los fines fundacionales. Se pueden alcanzar los mismos fines de las fundaciones acaso con los mismos costes pero con mayores grados de libertad en el desempeño de muchas actividades mediante otras figuras sociales. Pero la facilidad de fundar otorga a estas organizaciones ventajas en relación con formas alternativas especialmente en el caso de las fundaciones operativas.

En relación con la gestión de las fundaciones, lo primero que debe decirse es que la referencia debe ser la gestión privada pues, además de contar con una larga tradición, las empresas privadas son las organizaciones que más se preocupan por la utilización eficiente de los recursos⁸. En España, la implicación de los centros de enseñanza superior en la docencia relacionada con la gestión de las fundaciones es insuficiente. También lo es la implicación de los estudiantes universitarios en la gestión y administración efectiva de las fundaciones. Todavía estamos lejos de poder afirmar, como ocurría en el caso de la Harvard Business School, que más del 90% de los estudiantes de las escuelas de negocios están comprometidos en los órganos de administración de entidades no lucrativas. Este hecho, además de suponer el compromiso de los futuros dirigentes empresariales, contribuye a incrementar la reflexión sobre la gestión de las entidades no lucrativas y, en consecuencia, a mejorar sus resultados.

Como ha subrayado M. Rey⁹, «las fundaciones punteras han adoptado herramientas de gestión empresarial, siempre pasándolas por el tamiz de sus valores y necesidades específicas. Entre ellas cabría destacar no sólo la importación de herramientas financieras y de marketing directamente aplicables, sino la implantación de sistemas de planificación estratégica y de gestión de la calidad. Esto les ha permitido pasar de una gestión voluntarista a otra preocupada por la eficiencia, y sustituir preocupaciones tácticas por otras más estratégicas, con el fin último de conseguir una efectividad o impacto evaluables».

Es cierto que la situación mejora poco a poco. También lo es que las escuelas de negocios, y algunas universidades, con el apoyo del propio colectivo fundacional, organizan cursos de capacitación para gestores de organizaciones no lucrativas. Pero no hay ninguna duda de que la reflexión y la discusión, desde las propias organizaciones no lucrativas y desde sus representantes orgá-

⁸ N. MACDONALD y L. TAYART DE BORNS, *Philanthropy in Europe. A rich past, a promising future*, Alliance Publishing Trust, 2008.

⁹ M. REY, «La gestión de las fundaciones en el siglo XXI: Retos, tendencias y una hoja de ruta», *Revista Española del Tercer Sector*, n.º 6, mayo-agosto 2007.

nicos y las administraciones tutelares, deben alcanzar cotas superiores de conocimiento. El teresiano camino hacia la perfección debería ser más transitado.

A pesar de que la experiencia de la empresa privada debería ser una referencia inexcusable, la comparación entre las organizaciones no lucrativas y las empresas exhibe diferencias relevantes en, al menos, los campos siguientes: objetivos, regulación, origen de los recursos, gestión y control de resultados y composición de los órganos de dirección. Todo ello teniendo en cuenta el consejo de Drucker¹⁰: oportunidades, competencia y compromiso en un contexto en el que los objetivos son cambiantes.

En relación con los objetivos, los correspondientes a las empresas privadas (maximización de los beneficios, maximización de las ventas, incremento del valor de las acciones, aumento de las cuotas de mercado...) en un contexto competitivo no coinciden con los correspondientes a las fundaciones que, por regla general, pretenden cubrir el espacio de necesidades sociales no atendido adecuadamente por el sector público sin preocuparse demasiado por las eventuales presiones competitivas. Protegidas por el lento proceso administrativo característico de las administraciones públicas, las fundaciones centran su cometido en el cumplimiento de fines sociales cuya diversidad y necesidad son innegables. Es justamente dicha diversidad el elemento que permite introducir criterios de diferenciación y, en consecuencia, de competitividad, entre las distintas fundaciones. En definitiva, los objetivos de las fundaciones deben ser adecuados a la disponibilidad de recursos financieros que deben ser empleados de acuerdo con los criterios definidos por su fundador sin comprometer el futuro de la fundación¹¹.

En cualquier caso, lo que debe tenerse presente es que, de acuerdo con I. Camuñas¹², «Las fundaciones nacen para contribuir a la satisfacción del interés general donde las insuficiencias del Estado son evidentes. Las fundaciones en una sociedad abierta añaden un plus de participación social; descubren y abordan problemas colectivos y pueden dirigir el cambio social; en otras áreas crean ejemplos en campos en los cuales no entran suficientemente las administraciones públicas o los mercados y, en muchos casos, movilizan a las administraciones públicas para que reproduzcan sus iniciativas pioneras en un

¹⁰ P. F. DRUCKER, *Managing the Nonprofit Organization. Principles and Practices*, Collins Business, 1990.

¹¹ Sobre estas cuestiones, ver R. E. HERZLINGER, «Effective Oversight: A Guide for Non-profit Directors», *Harvard Business Review*, julio-agosto 1994.

¹² I. CAMUÑAS, «Present i futur del món fundacional al nostre país», *Revista Econòmica de Catalunya*, n.º 47, 2003, citado.

plano más general. En definitiva, las fundaciones explican y desarrollan el concepto de interés general a través de la experimentación, la libertad y el pluralismo en su elección y en su desarrollo».

Insertar el quehacer cotidiano de las fundaciones españolas en el contexto globalizado que caracteriza la economía parece una quimera o un recurso ideológico. Por el momento, su función cotidiana es mucho más modesta y su ámbito principal de obtención de recursos es nacional aunque su ámbito de actuación sea geográficamente más amplio. Sólo excepcionalmente compiten en relación con los objetivos a alcanzar aunque sí lo hacen, en poca medida todavía, en relación con la obtención de recursos. Cabe pensar que, progresivamente, los esfuerzos de las fundaciones no patrimoniales se dirigirán hacia una mayor reputación —apoyada en sus acciones y proyectos— unida a una mayor confianza por parte de los ciudadanos, preludio de mayores oportunidades de conseguir recursos.

La regulación de las fundaciones, en todo caso de naturaleza distinta a la correspondiente a las actividades empresariales —ejercida a través de órganos como la CNC, la CNE, la CNMT, la CNMV...—, es importante si el objetivo que se persigue es la maximización de los resultados, dados unos recursos disponibles. En ocasiones, la regulación conduce a la eficiencia pero en otros casos la regulación puede traducirse en una asignación ineficiente de los recursos o en el alejamiento de los objetivos apoyados en la defensa de los intereses públicos. Un ejemplo de regulación ineficiente es aquella que impone cargas tributarias a las becas para estudios de postgrado ofrecidas por fundaciones privadas¹³. Otro ejemplo es la regulación del IVA. Dado que el objetivo público es contribuir a la mejora de la formación de nuestros conciudadanos, cualquier norma que introduzca obstáculos a la consecución de dicho objetivo debe calificarse de ineficiente. En este caso, debe ser misión de las fundaciones y de sus órganos de representación, en permanente diálogo con las administraciones públicas, contribuir a eliminar la regulación ineficiente y sustituirla por normas que conduzcan a la eficiencia y a la mejora del bienestar social. Y convencer a las administraciones que las actividades fundacionales tienen un efecto multiplicador nada desdeñable.

El regulador no debe limitar su función a la de ser un mero fiscalizador de la actividad fundacional. No cabe duda acerca de la pertinencia de dicha misión pero, al mismo tiempo, la administración, en este caso a través de la figura de los reguladores fundacionales, debe convertirse en un instrumento de apo-

¹³ Sorprendentemente, la presión fiscal recaída sobre las becas es superior a la recaída sobre una fracción relevante de los ingresos de los deportistas de élite.

yo a los grandes objetivos de las fundaciones y de oferta de información veraz, puntual y exhaustiva. Esta función, de apoyo y supervisión, exige destinar una dotación superior de recursos —humanos y financieros— a los órganos reguladores. Tales recursos deben tener como fin primordial la contribución y el apoyo a la actividad fundacional y al logro de sus fines. Se trata, tan sólo, de facilitar desde el ámbito de las Administraciones públicas la consecución de fines de interés general a través de las fundaciones.

El origen de los recursos de las fundaciones también es distinto del correspondiente a las empresas. Éstas obtienen sus recursos de la venta de bienes y servicios en mercados competitivos y, en ocasiones, globalizados. Las fundaciones obtienen los suyos de las ayudas, los contratos, los resultados de la administración de su patrimonio o la venta de bienes y servicios, todo ello complementado por un conjunto de exenciones tributarias fundamentadas en su misión de servicio público ¹⁴.

En este campo, la posición y el origen de los recursos de las fundaciones patrimoniales es distinta de la correspondiente a las fundaciones operativas. En el caso de las primeras, sus ingresos proceden, fundamentalmente, de la administración de su patrimonio. Las ayudas o contratos, del sector público o del sector privado, pueden ser una fuente de ingresos complementaria pero, en todo caso, poco importante en términos relativos. Las fundaciones operativas obtienen sus ingresos del sector público y del sector privado mediante ayudas o contratos apoyados en la firma de convenios. Cuando se trata de recursos procedentes de terceros se establece una cierta competencia, no tan intensa como ocurre en los mercados de bienes y servicios, por la captación de recursos escasos. En estos casos, la reputación o la proximidad al donante o a sus intenciones es fundamental.

Como indica M. Rey, «Si bien es cierto que no existe en Europa un mercado fundacional competitivo como tal (con muchos agentes y transacciones numerosas y transparentes en cuanto a precio), sí constatamos que, durante la última década, han ido introduciéndose en el sector ciertas dosis de mercado en términos de transparencia, impulsados desde cuatro frentes distintos a demanda última de la opinión pública y de la sociedad en general: el del regulador, el de las administraciones públicas financiadoras de las organizaciones del

¹⁴ El deseo del legislador de fomentar la prestación de servicios de interés general justifica el reconocimiento de beneficios fiscales para las fundaciones. Sobre la fiscalidad de las fundaciones, ver V. PICH, «La fiscalitat de les fundacions», en *Revista Econòmica de Catalunya*, n.º 47, 2003, citada. Ver, asimismo, M. CRUZ AMORÓS y S. LÓPEZ RIBES, *La fiscalidad en las entidades sin ánimo de lucro: estímulo público y actividad privada*, PriceWaterhouse Coopers, Cideal, 2004.

Tercer Sector, el de la autorregulación y benchmarking del propio sector y el de las empresas que colaboran con el mundo fundacional»¹⁵.

En relación con la gestión y el control de los resultados, las empresas privadas atienden, sobre todo, a los objetivos definidos previamente. En el caso de las fundaciones todavía se presta más atención a las actividades realizadas que a los resultados alcanzados y, en muchos casos, la cantidad prima sobre la calidad¹⁶. Con toda probabilidad, en el futuro, la gestión de las fundaciones se irá acercando a la correspondiente a las empresas privadas competitivas. En consecuencia, se establecerá una arena competitiva en el caso de las fundaciones operativas que competirán por la obtención de recursos, necesariamente escasos¹⁷. Dado que, en este marco competitivo, el análisis financiero, aunque necesario no es suficiente, los elementos de referencia serán, también, los objetivos. En consecuencia, se analizarán el grado en que han sido alcanzados y el coste de la actividad. La cuestión de si el objetivo habría podido ser alcanzado con menor coste o de si con el mismo coste hubieran podido alcanzarse mejores resultados, en términos cuantitativos y cualitativos, se situará en el centro del análisis. No se trata de hacer un buen trabajo sino un trabajo bien hecho¹⁸.

En este contexto competitivo, los costes de transacción en el proceso de negociación y de consecución de acuerdos empezarán a cobrar importancia. Las fundaciones patrimoniales se plantearán estrategias de *make or buy*. Las fundaciones operativas y las ONG deberán competir entre ellas en un marco caracterizado por la escasez de recursos¹⁹. No cabe duda alguna de que el resul-

¹⁵ M. REY, «Sistemas de evaluación del desempeño organizativo e impacto social de las fundaciones. Utilidades del marketing no lucrativo», *Perspectivas del sistema financiero*, n.º 91, 2007.

¹⁶ Como indican M. PORTER y M. R. KRAMER (1999) a pesar de que la mayoría de fundaciones reconocen que la evaluación y la selección son sus actividades principales, sólo una reducida proporción de las mismas miden sus resultados de forma sistemática con el objetivo de valorar sus resultados y mejorar el rendimiento de sus inversiones futuras. M. PORTER y M. R. KRAMER, «Phylanthropy's New Agenda: Creating Value», *Harvard Business Review*, noviembre-diciembre 1999.

¹⁷ En todo caso, la competencia efectiva resulta afectada por los distintos sistemas sobre sus recursos y actuaciones.

¹⁸ Ver National Center for Family Philanthropy. *Generations of Giving: Leadership and Continuity in Family Philanthropy*. Como subraya E. HERZLINGER, «Dado que las organizaciones no lucrativas, por regla general, están subsidiadas y sus servicios se ofrecen frecuentemente de forma gratuita, los clientes tienden a olvidar la baja calidad de sus servicios e ignoran la ineficiencia»; R. E. HERZLINGER, «Effective Oversight: A Guide for Nonprofit Directors», *Harvard Business Review*, julio-agosto 1994.

¹⁹ Se desconoce la magnitud de las expulsiones de fundaciones del mercado por falta de eficiencia.

tado del proceso de negociación en términos de satisfacción de intereses públicos será mejor en presencia de competidores que en ausencia de competencia. En todo caso, a diferencia de las empresas, las fundaciones todavía no disponen de la guía del mercado para evaluar su eficiencia. Pero el paso del tiempo contribuirá a la redacción de dicha guía y a que su existencia se convierta en un elemento de referencia.

Como ocurre en el ámbito de las empresas privadas, la composición de los órganos de dirección también debe responder a los criterios de eficiencia. Una fundación eficiente debe disponer de un buen CEO capaz de diseñar una buena estrategia y un buen plan de trabajo, de un personal eficiente, responsable y bien entrenado y de un patronato y, en su caso, un consejo asesor, activo, creativo, comprometido con la fundación y, al mismo tiempo, involucrado en los problemas que genera su gestión ²⁰. En todo caso, los órganos de dirección deben tener tiempo suficiente para dedicarlo a la fundación y, en consecuencia, aplicar parte de dicho tiempo a su misión de supervisión y aporte de ideas. De acuerdo con J. Martín Cavanna y J. L. Martínez ²¹, el problema de los patronatos es la falta de orientación. Hay excepciones, claro está. En su opinión, un trabajo «orientado» debe responder a las preguntas siguientes: «1 ¿Cuál es nuestra misión?; 2 ¿Quién es nuestro cliente?; 3 ¿Qué es lo que considera valioso nuestro cliente?; 4 ¿Cuáles han sido nuestros resultados?; 5 ¿Cuál es nuestro plan?». Para dichos autores, el principal trabajo del *board* es contestar a dichas preguntas.

En un aspecto, la coincidencia de objetivos entre las empresas privadas y las fundaciones patrimoniales es total. Se trata del mantenimiento del valor patrimonial con el fin de asegurar la supervivencia de ambas y la oferta de bienes y servicios, en el caso de las empresas privadas, y de prestación de servicios de interés general, en el de las fundaciones patrimoniales.

Sin embargo, la evolución de la economía y las tensiones que la misma genera, pueden tener un impacto negativo sobre los objetivos de permanencia de las fundaciones, especialmente relevante en el caso de las patrimoniales. Por esta razón, a continuación se abordará esta cuestión.

²⁰ Una buena referencia sobre estas cuestiones puede verse en Junior Achievement International. Select (SELF-Evaluation & Cooperative Toolkit). Strategic Planning and Quality Assurance.

²¹ J. MARTÍN CAVANNA y J. L. MARTÍNEZ, «La eficacia en el gobierno de las entidades no lucrativas», *Harvard Deusto Business Review*, octubre 2003.

III. El riesgo de pérdida del valor patrimonial de una fundación hipotética pero no irreal

El análisis de la economía española de los últimos años puso de relieve la presencia de tasas de inflación elevadas combinadas con rentabilidades reducidas de las inversiones financieras con riesgo reducido o nulo. Ahora, en la fase actual de tasas de crecimiento del PIB negativas, las tasas de inflación son reducidas e, incluso, negativas, y las rentabilidades con riesgo reducido o nulo también, aunque en términos reales sean positivas.

Estos hechos son relevantes en el caso de las fundaciones patrimoniales cuyos compromisos se apoyan en dos principios: en primer lugar, cumplir con los objetivos determinados por el Fundador asegurando que sus programas repercutan positivamente sobre las generaciones presentes y futuras²² y, en segundo lugar, obtener un flujo de ingresos que garantice el cumplimiento de los objetivos fundacionales²³. En el caso de fundaciones con un horizonte temporal sin límites —como es el caso de la fundación hipotética pero no irreal que se analiza— el flujo de ingresos debe ser suficiente para cubrir los programas presentes sin deteriorar su dotación económica en términos reales y, al menos, reponer el valor patrimonial, en general, deteriorado continuamente por el impacto de la inflación.

En otros términos: la fundación, de acuerdo con la voluntad de su fundador, desea llevar a cabo su actividad en el futuro, beneficiando a las generaciones presentes y futuras, manteniendo, al menos, su patrimonio y su capacidad de gastos en términos constantes, estableciendo la estrategia oportuna para contrarrestar en su caso, el impacto negativo del índice de precios al consumo (IPC).

Con tasas de crecimiento del IPC reducidas²⁴, la rentabilidad y, en consecuencia, el riesgo asumidos por la fundación pueden ser, también, reducidos. Pero a medida que dicha tasa aumenta, la continuidad de la fundación exige la asunción de riesgos en la inversión y, en consecuencia, una gestión profesionalizada de su patrimonio fundacional. Lógicamente, el panorama en los períodos de expansión no tiene por qué ser coincidente con el correspondiente a períodos de crisis.

²² Los objetivos de los Fundadores pueden ser muy diferentes entre sí. Por ejemplo, cabe la posibilidad de crear fundaciones con un período de vida limitado.

²³ De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (LF), éstas son «organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen pactado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general».

²⁴ En el contexto temporal actual son negativos.

Para ilustrar esta cuestión, más allá de una mera descripción de los problemas, se procede a analizar cuantitativamente el caso de una fundación hipotética, que se supone eficiente, que desarrolla sus actividades sobre la base de una dotación patrimonial aportada por un Presidente-Fundador, en un contexto de rentabilidades e incrementos del IPC correspondientes a un escenario de expansión y a otro escenario de crisis económica.

En consecuencia, se supone una fundación patrimonial hipotética, que desea alcanzar los objetivos citados y cuyos datos de partida (en millones de €) podrían ser los siguientes:

a) Patrimonio financiero en el año 0 (acciones, bonos, depósitos...) (PATFIN)	100,0
b) Patrimonio no financiero en el año 0 (edificios, patentes, marcas...) (PATNFIN).	2,0
c) Tesorería (caja, cuentas corrientes, activos financieros líquidos...)	0,2
d) Gastos de funcionamiento no imputables directamente a los proyectos de la fundación. No se incluyen las amortizaciones pues se suponen incluidas en la rentabilidad del patrimonio .	0,8

Ahora se supondrán dos escenarios: el primero, correspondiente a una fase de expansión económica; el segundo, a un período caracterizado por el impacto de la crisis económica. En relación con las variaciones del IPC, las tasas interanuales se estiman como sigue:

TABLA 1.—*Tasas de variación del IPC*

Año	Escenario de expansión económica *	Escenario de crisis económica
1	3,0	-0,9
2	3,4	-0,1
3	3,5	0,5
4	2,8	0,5
5	4,1	1,0
6	3,0	1,0
7	3,0	1,5
8	3,0	1,5
9	3,0	1,5
10	3,0	1,5

* Los datos correspondientes a los primeros años corresponden a datos reales.

Sobre la base de estos datos hipotéticos, con el fin de ver el impacto de la inflación sobre el valor real del patrimonio y de los gastos fundacionales, se suponen cuatro escenarios adicionales:

- a) IPC bajo: se sitúa 0,5 puntos porcentuales por debajo de los IPC estimados a partir del año 6.
- b) IPC moderado: se sitúa 0,5 puntos porcentuales por encima de los IPC estimados a partir del año 6.
- c) IPC alto: se sitúa 1,0 puntos porcentuales por encima de los IPC estimados a partir del año 6.
- d) IPC explosivo: se sitúa 1,5 puntos porcentuales por encima de los IPC estimados a partir del año 6.

Para simplificar el modelo se establecen los siguientes supuestos:

- a) la tesorería se mantiene constante en términos nominales y su rentabilidad es nula;
- b) el valor contable del PATNFIN se mantiene constante durante todo el período. Su rentabilidad nominal estimada se establece en el 3% anual en el año 1, que se actualiza de acuerdo con el IPC;
- c) los gastos de funcionamiento son muy rígidos a la baja. Por ello, con independencia de la evolución del grado de actividad de la fundación, evolucionan según la evolución del IPC, dado que se supone que la fundación hipotética es una fundación eficiente. Su tasa de crecimiento en términos reales será, pues, del 0%;
- d) la fundación decide mantener un nivel de tesorería a lo largo del tiempo alrededor de una cantidad que se considera idónea. Este objetivo puede exigir trasposos desde el PATFIN, según las necesidades;
- e) de acuerdo con la legislación vigente, al menos el 70% de todos los ingresos netos²⁵ deben destinarse a financiar proyectos acordes con los fines fundacionales. Para simplificar el modelo, se supone que dicho 70% se devenga en el período en que se obtienen los ingresos;

²⁵ Los procedentes de las inversiones en renta fija, en renta variable, las plusvalías, alquileres... De acuerdo con el artículo 27 LF «A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas... El plazo para el cumplimiento de esta obligación será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los respectivos resultados e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio».

f) la parte de las plusvalías realizadas que no se dedica a la financiación de proyectos relacionados con los fines fundacionales o a cubrir los gastos de funcionamiento ²⁶ se destina a incrementar la dotación patrimonial de la fundación o a reservas, lo que, en el fondo, es lo mismo. En otros términos, se destina a incrementar el fondo patrimonial de la fundación con el fin de contribuir a mantener constantes, o a incrementar, los recursos destinados a financiar sus proyectos. Que dicho objetivo se alcance o no dependerá de un conjunto de circunstancias: unas, exógenas, y otras, endógenas;

g) al tratarse de una fundación patrimonial, se supone, también para simplificar, que no recibe donaciones de terceros ²⁷.

Con tales premisas, supóngase que la fundación hipotética adopta una actitud muy conservadora cuya característica es la aversión al riesgo, que es el caso más frecuente. Para ello deja las propuestas de inversión en manos de las entidades financieras donde tiene depositados sus recursos. La decisión última la tiene la fundación pero en estas circunstancias la elección, apoyada en el principio de la prudencia, no exige una gestión profesional que tome la decisión en términos competitivos asumiendo riesgos. En consecuencia, todo el PATFIN se invierte en activos sin riesgo (ACTSR) (depósitos a plazo fijo, repos, ...) o con un riesgo prácticamente nulo ²⁸. En este supuesto, el menor riesgo se traduce en menor rentabilidad que, en este ejemplo, se supone equivalente a 0,5 puntos porcentuales por encima del IPC, lo que es una rentabilidad razonablemente elevada si se considera un período continuado de diez años.

En el supuesto de evolución del IPC de forma moderada o baja, con una actitud prudente y exenta de riesgo, se obtendrían los resultados reflejados en las figuras 1, 2, 3 y 4, referidas al patrimonio fundacional y a los gastos.

De acuerdo con la información de la figura 1, los resultados obtenidos ponen de manifiesto que, en ausencia de inversiones financieras con riesgo, bajo los supuestos de un escenario de expansión económica y en el marco de una evolución del IPC moderado o bajo, el valor de los activos de la fundación, debido a la insuficiente ampliación de los mismos por reinversión de

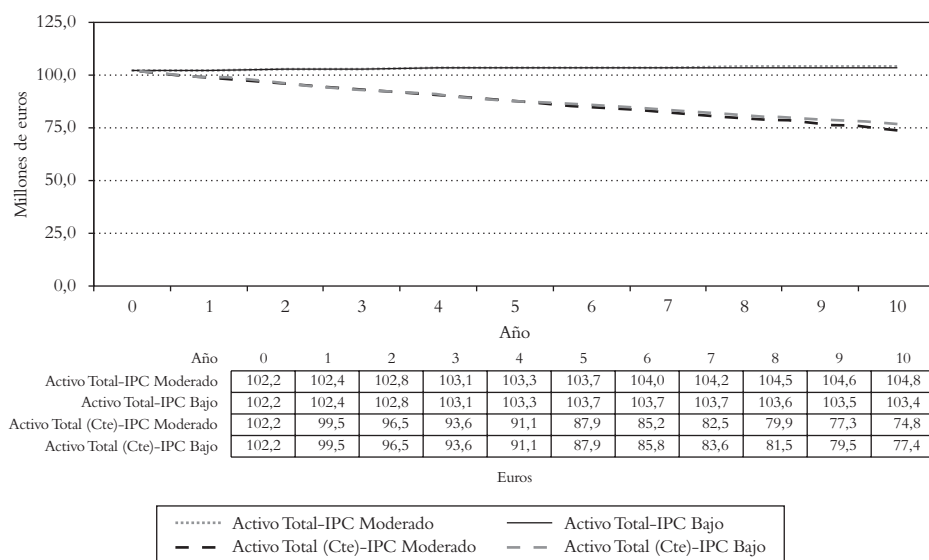
²⁶ No debe olvidarse que, en relación con las empresas competitivas, las fundaciones, por regla general, están todavía infradotadas en aspectos como I+D o cualificación profesional de sus órganos directivos.

²⁷ Aunque puede recibirlas del fundador o procedentes de ayudas y subvenciones relacionadas con los proyectos de la fundación.

²⁸ Con propiedad, puede sostenerse que en situaciones de crisis es difícil invertir sin riesgo pues siempre hay riesgo. Incluso inversiones aparentemente sin riesgo y seguras se han traducido en pérdidas para las fundaciones. El caso de Lehman Brothers ha sido significativo.

parte de los resultados financieros, aunque su valor en términos corrientes aumenta ligeramente, dando la sensación de que la vida de la fundación no resulta amenazada, registra reducciones de su valor en términos constantes, lo que cuestiona la continuidad de las actividades de la fundación a largo plazo.

FIGURA 1.—*Escenario de expansión económica. Evolución del patrimonio fundacional. Inversión del 100% del patrimonio financiero en activos sin riesgo. IPC bajo o moderado*



Lo mismo sucede en el supuesto de un escenario de crisis económica (figura 2), aunque la pérdida de valor real aparezca más moderada debido, sobre todo, a las menores tasas de variación del IPC incluidas en los supuestos.

Ahora se analizará el comportamiento del gasto. Para ello se supone que el valor del patrimonio repercute sobre la rentabilidad de las inversiones de la fundación patrimonial y ésta sobre su capacidad de gasto. En consecuencia, resulta pertinente estimar la evolución del gasto fundacional bajo el supuesto de que el 100% del patrimonio financiero se invierte en activos sin riesgo. También en este caso se consideran los escenarios de expansión y de crisis económica.

En las figuras 3 y 4 se plasman los resultados correspondientes a los escenarios mencionados. De su observación se deduce claramente el impacto de la

FIGURA 2.—Escenario de crisis económica. Evolución del patrimonio fundacional.
Inversión del 100% del patrimonio financiero en activos sin riesgo.
IPC bajo o moderado

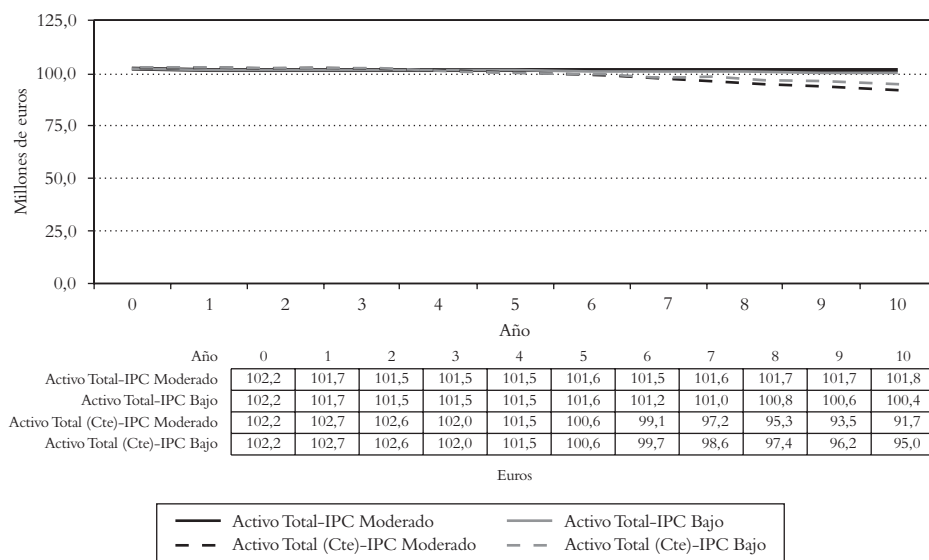


FIGURA 3.—Escenario de expansión económica. Evolución del gasto fundacional.
Inversión del 100% del patrimonio financiero en activos sin riesgo.
IPC bajo o moderado

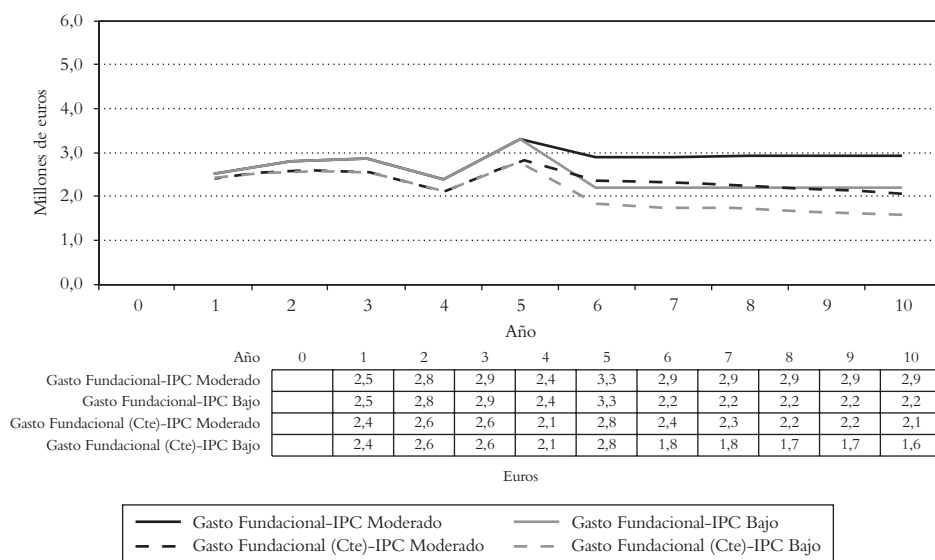
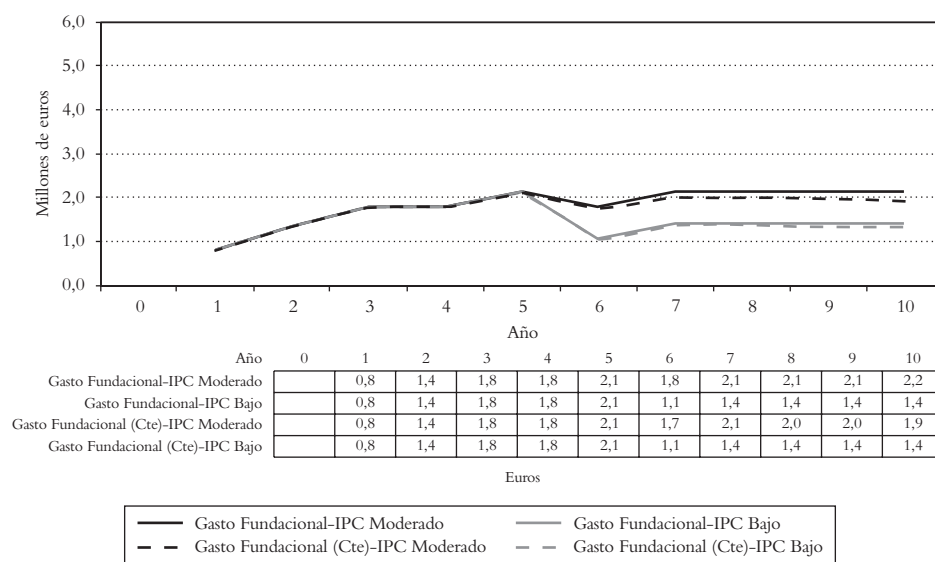


FIGURA 4.—*Escenario de crisis económica. Evolución del gasto fundacional. Inversión del 100% del patrimonio financiero en activos sin riesgo. IPC bajo o moderado*



evolución del IPC. Pero, sobre la base de las hipótesis efectuadas, resulta significativo poner de manifiesto que en un período de expansión económica, pese a la suave evolución creciente del gasto fundacional, en términos corrientes en un escenario de IPC moderado, la capacidad de gasto de la fundación hipotética termina reduciéndose cuando la evolución del IPC también es reducida.

En todo caso, lo que resulta realmente relevante es cuanto ocurre cuando se corre el velo de la inflación. En efecto, en este caso se pone de relieve la pérdida real de capacidad de gasto. En consecuencia, puede sostenerse que las fundaciones deben estar atentas a las previsiones de inflación cuando elaboran sus planes estratégicos dado que esta variable puede llegar a ser determinante en el caso de adoptar una estrategia muy conservadora consistente en invertir la dotación patrimonial en activos de bajo riesgo y, en consecuencia, de baja rentabilidad.

Este fenómeno aparece algo distorsionado cuando se considera un período de crisis y, en especial, cuando el entorno se caracteriza por tasas de crecimiento del IPC negativas. Pero incluso en un escenario de crisis con tasas de crecimiento del IPC moderadas, o bajas, establecida la normalidad en la evolución económica, el gasto fundacional no tiende a crecer significativamente con el paso del tiempo, condicionando el desempeño de las actividades fundacionales.

La principal conclusión extraída de este primer ejercicio de modelización es que el patrimonio fundacional real (activo total) se deteriora incesantemente a lo largo del tiempo cuando se invierte la dotación patrimonial sin riesgo y, en consecuencia, con unas tasas de retorno reducidas. En términos nominales (euros de cada año) puede parecer que el valor del patrimonio fundacional se mantiene. Sin embargo, la consideración de la evolución del patrimonio fundacional en términos reales (euros constantes de un año determinado) revela claramente el descenso de su valor.

El gasto fundacional, al depender directamente del valor de patrimonio y de la evolución del IPC, sigue una senda análoga de descenso en términos reales, aunque el espejismo de la inflación puede dar a entender que se mantiene o, incluso, que aumenta ligeramente.

El resultado global de la evolución conjunta de ambas magnitudes refleja que el impacto social de la fundación, manifestado a través de sus proyectos de interés general se va deteriorando con el tiempo. Incluso puede sostenerse que el efecto de la regulación al imponer un gasto del 70% sobre los ingresos no permite que las fundaciones patrimoniales puedan elaborar una estrategia anticíclica consistente en gastos algo menores en épocas de elevados ingresos con el fin de compensar los descensos de actividad en períodos de ingresos reducidos.

IV. Un riesgo: el aumento de la tasa de variación anual del IPC

En un contexto de expansión económica las tasas de variación del IPC son manifiestamente superiores a las correspondientes a un período caracterizado por tasas negativas o moderadas de crecimiento económico. Con expansión económica y tasas de crecimiento elevadas del IPC se pone de manifiesto, con mayor claridad, el riesgo de la inflación sobre el porvenir de las fundaciones y, en particular, de las fundaciones patrimoniales. Con el fin de apreciar el eventual impacto de la inflación sobre el futuro de las fundaciones patrimoniales se aplican los supuestos de IPC alto y explosivo.

Los resultados se reflejan en las figuras 5 y 6.

En relación con la evolución del patrimonio fundacional en términos reales no cabe ninguna duda: su valor tiende a deteriorarse, cualquiera que sea el escenario contemplado. La conclusión es clara: aunque la ficción del análisis de la evolución del patrimonio en términos nominales enmascare la cruda realidad de una desaparición anunciada, la fundación tiende a desaparecer realmente como consecuencia del efecto combinado de la baja rentabilidad de las inversiones sin riesgo, la inflación y la propia regulación de las fundaciones.

FIGURA 5.—*Escenario de expansión económica. Evolución del patrimonio fundacional. Inversión del 100% del patrimonio financiero en activos sin riesgo. IPC alto o explosivo*

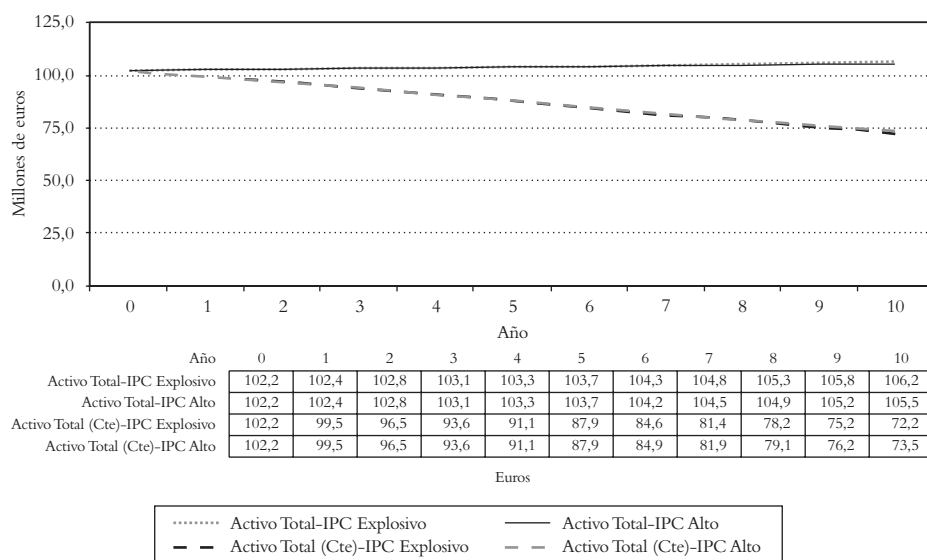
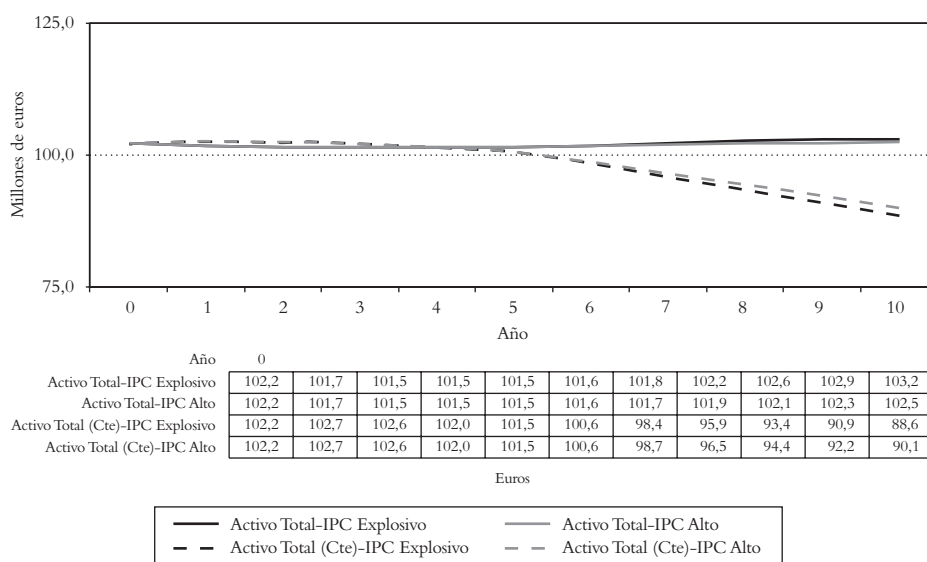
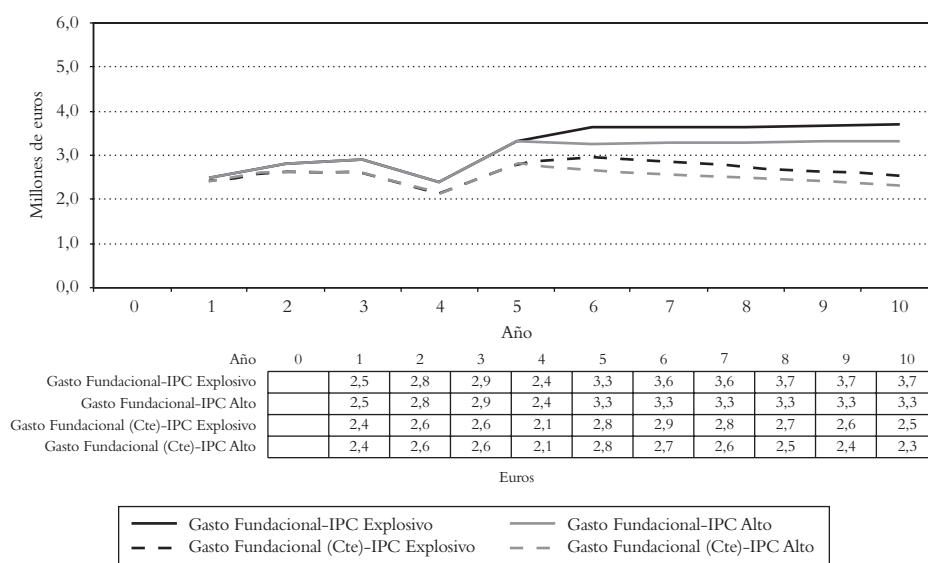


FIGURA 6.—*Escenario de crisis económica. Evolución del patrimonio fundacional. Inversión del 100% del patrimonio financiero en activos sin riesgo. IPC alto o explosivo*



También, igual que en el supuesto anterior, se analiza la evolución estimada del gasto fundacional en los supuestos de tasas de inflación altas y explosivas en los contextos de expansión y crisis económica bajo la hipótesis de inversiones sin riesgo (ver figuras 7 y 8).

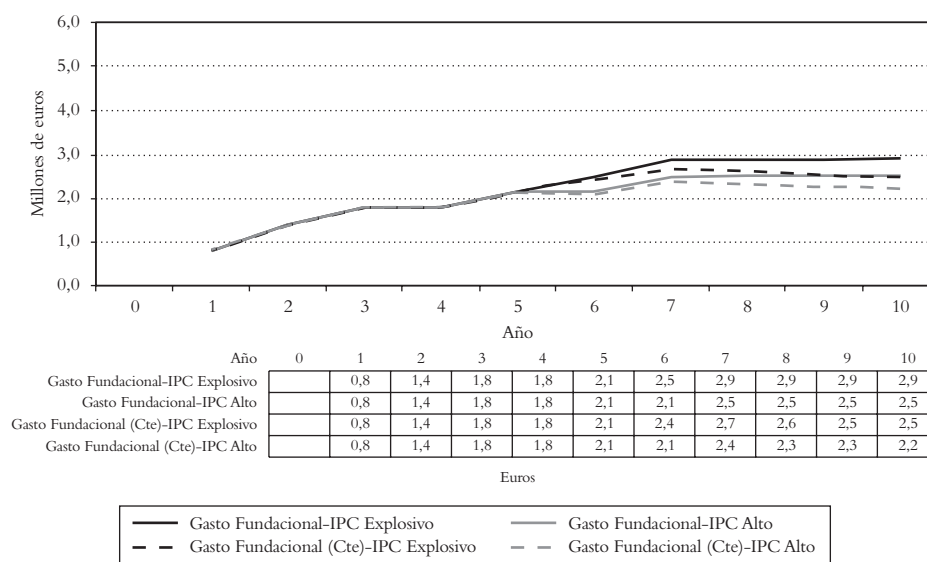
FIGURA 7.—*Escenario de expansión económica. Evolución del gasto fundacional. Inversión del 100% del patrimonio financiero en activos sin riesgo. IPC alto o explosivo*



El análisis de las figuras 7 y 8 pone de manifiesto el mismo fenómeno observado en el caso precedente. Tasas de crecimiento del IPC elevadas pueden traducirse en aumentos del nivel de los gastos fundacionales en términos nominales. Incluso los incrementos pueden parecer significativos. Sin embargo, es necesario contemplar la cruda realidad de la evolución del gasto en términos reales. En este caso, no cabe duda de que no siguen una trayectoria creciente significativa e indiscutible cuando la economía discurre por cauces estabilizados, más allá del fuerte impacto de la crisis económica en sus momentos iniciales. Pueden registrar ligeros aumentos pero éstos no son sostenidos e, incluso, registran oscilaciones que, en su caso, dificultarían la gestión de las fundaciones.

Ante las circunstancias mencionadas, la inversión sin riesgo, dadas las reducidas tasas de rentabilidad, no es una estrategia idónea, pues la fundación se

FIGURA 8.—*Escenario de crisis económica. Evolución del gasto fundacional. Inversión del 100% del patrimonio financiero en activos sin riesgo. IPC alto o explosivo*



desvanece lenta pero inexorablemente, en contra, precisamente, de la obligación de afectar de forma duradera su patrimonio a la realización de actividades de interés general, como prevé el artículo 2 LF.

V. Un remedio: incrementar el riesgo mediante una gestión prudente y profesional

Dados los resultados anteriores que incluyen elementos exógenos que deben ser aceptados como datos, la fundación, de acuerdo con los objetivos establecidos por su fundador, se ve obligada a modificar su estrategia, profesionalizar su gestión e invertir parte de su PATFIN asumiendo un riesgo tanto más elevado cuanto más quiera elevar su rentabilidad. Lógicamente, en el caso español esta estrategia resulta condicionada por la intervención al efecto del correspondiente Protectorado, de acuerdo con el artículo 2.1 LF que reza como sigue: «La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada». Ciertamente, el control *ex-ante* o *ex-post* persigue impedir la desaparición

o deterioro de la dotación fundacional y la descapitalización de la fundación, pero al mismo tiempo puede dificultar la realización de operaciones financieras que contribuyan a asegurar el funcionamiento de la fundación y su supervivencia. El umbral del 20% que menciona la LF supone un elemento de flexibilidad, pero no elimina la incertidumbre.

En consecuencia, ahora se supondrá que con el fin de mantener el valor real de su patrimonio y no deteriorar el gasto fundacional, la fundación hipotética acuerda invertir el 60% de su PATFIN en ACTSR con una rentabilidad en el contexto de expansión económica de 0,5 puntos porcentuales por encima del IPC y en el contexto de recesión económica, con 2 puntos porcentuales por encima del IPC durante los cinco primeros años y de un punto porcentual durante los cinco años siguientes. El 40% restante, sobre la base de un asesoramiento financiero profesional eficiente, se invierte en activos de renta variable que incluyen un riesgo positivo, especialmente durante períodos de crisis (ACTCR). Para simplificar el modelo, se supone que la fundación no ve desaparecer ninguno de sus activos financieros como consecuencia del impacto de la crisis económica ²⁹. Concretamente, se supone que la rentabilidad nominal de las inversiones con riesgo se sitúa en el 3,5% y que la inversión genera unas plusvalías (PLUSV) equivalentes a 6 puntos porcentuales por encima del IPC.

La fundación, en estas circunstancias, decide basar su estrategia sobre la base de dos principios: la prudencia en la gestión y la optimización de los resultados de su inversión. Para ello, siguiendo el ejemplo de determinadas organizaciones estadounidenses y europeas seguidas en épocas de expansión económica decide complementar los ingresos procedentes de la rentabilidad de su PATFIN con la realización de PLUSV. En consecuencia, como estrategia prudente, la fundación decide realizar el 33% de las plusvalías generadas por la inversión con riesgo ³⁰. Esto supone vender periódicamente parte de los activos financieros, contabilizados a precio de coste, realizar las plusvalías, e invertir en nuevos valores de acuerdo con el valor contable de los activos vendidos, todo ello, en su caso, con el acuerdo del Protectorado. El resto de los ACTCR no se realiza. Con este procedimiento, la fundación mantiene los beneficios potenciales que pueden aumentar o disminuir en el futuro. Por lo tanto, una gestión

²⁹ El supuesto de la pérdida total de una parte de los activos financieros empeoraría los resultados obtenidos.

³⁰ Nótese que este porcentaje es extraordinariamente elevado pero no imposible en un contexto de euforia económica. En otros términos, la hipótesis es muy favorable a la actividad fundacional pero exige condiciones muy favorables, una excelente gestión y la ausencia de fallidos.

prudente pero eficiente y eficaz de los recursos patrimoniales exige rigor y profesionalidad con el fin de maximizar los incrementos y minimizar las disminuciones del valor patrimonial.

Lógicamente, la capacidad de aumentar los ingresos de la fundación tiene un largo recorrido pero se acepta el principio de limitar los riesgos en el marco de la regulación de las fundaciones. Un ejemplo de las posibilidades que ofrece la libertad de inversión se recogía en el Informe Financiero de la Universidad de Yale ³¹ correspondiente al año fiscal 2004-2005. Ante la necesidad de incrementar sus ingresos para hacer frente a los gastos derivados de su programa de actuación, la Universidad de Yale decidió modificar sustancialmente la estructura de las inversiones, incrementando los niveles de riesgo, buscando una mayor rentabilidad global. Los resultados fueron positivos y los dirigentes de la Universidad decidieron seguir con dicha estrategia.



En dicho Informe se revela que la rentabilidad alcanzada en el citado ejercicio fue del 22,3% sobre las inversiones, cifra particularmente elevada si se compara con la alcanzada por las fundaciones patrimoniales españolas. En todo caso, lo que conviene destacar en el contexto actual es que en la década pasada la rentabilidad media fue del 16,3% aunque en el ejercicio fiscal cerrado al mes de junio de 2008 dicho porcentaje se redujo hasta un 4,5%. El impacto de la crisis financiera ha sido evidente. Este hecho refuerza la afirmación de que la hipótesis de ausencia de fallidos es una hipótesis heroica muy favorable a la evolución positiva de la fundación hipotética.

³¹ Universidad de Yale. Yale University Financial Report. 2004-2005.

Como consecuencia de la crisis financiera, los gestores de la Universidad de Yale han modificado la estructura de su *portfolio* y el objetivo del mismo, tal como se desprende de la observación de la tabla 2.

TABLA 2.—*Universidad de Yale*
Distribución de las inversiones, 2004-2005, 2008 y Objetivo
Porcentajes

Tipo de activo	2004-2005	2008	Objetivo
Acciones. Mercado nacional	14,0	10,1	10,0
Renta fija	5,0	4,0	4,0
Acciones. Mercado internacional	14,0	15,2	15,0
<i>Hedge Funds</i> /Retorno absoluto	25,0	25,1	21,0
Capital riesgo	17,0	20,2	21,0
Activos inmobiliarios	25,0	29,3	29,0
Tesorería	0,0	-3,9	0,0

Por su parte, la Fundación Calouste Gulbenkian ³², preocupada también por la rentabilidad de sus activos, ofrecía, en el año 2007, un esquema de inversiones distinto en relación con las cifras de 2005, reflejando la combinación de un menor riesgo acompañado de una menor rentabilidad. La rentabilidad en el año 2005 se situó en el 10,1% pero como consecuencia de la crisis financiera en el año 2007 descendió hasta el 4,8%.

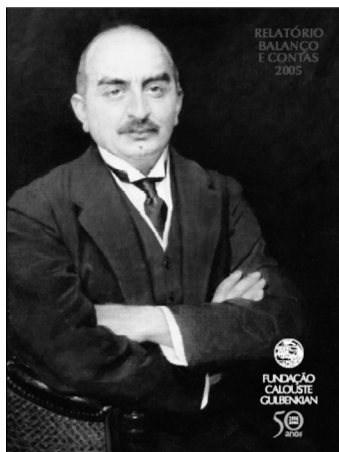


TABLA 3.—*Fundación Calouste Gulbenkian*
Distribución de las inversiones. 2005, 2007
Porcentajes

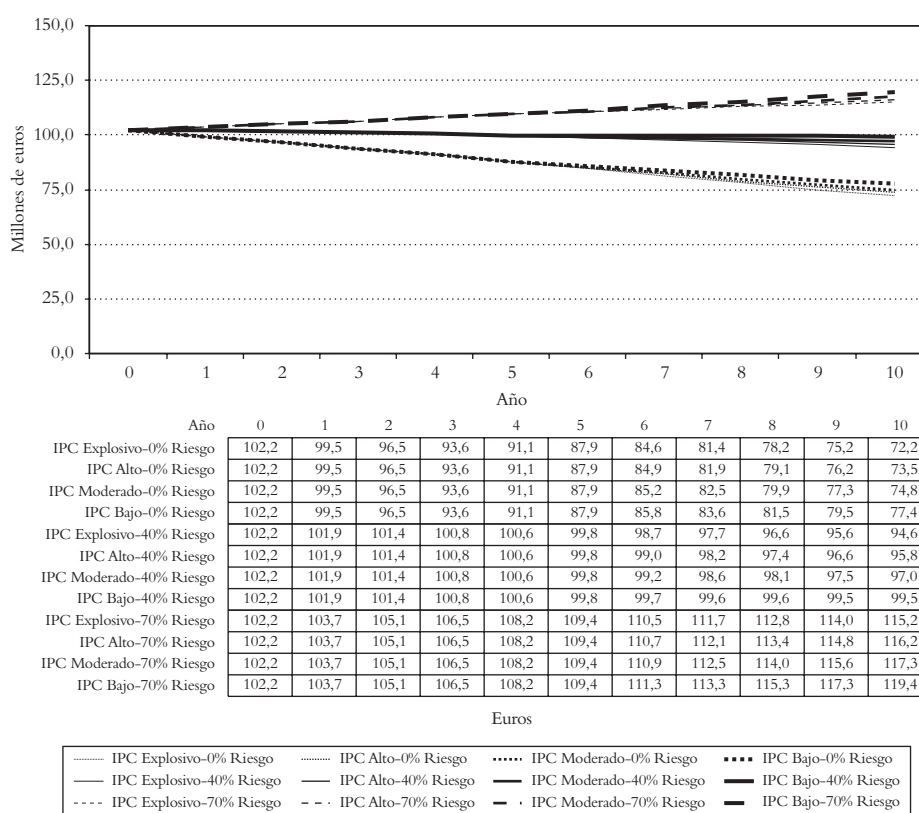
Tipo de activo	2005	2007
Acciones	51	49
Obligaciones	35	37
Liquidez	13	8
Activos inmobiliarios y otros	2	5
Seguro contra el riesgo de cambio	(1)	1

³² Fundação Calouste Gulbenkian. Relatório Balanço e Contas 2005 y Annual Report 2007.

Siguiendo con el razonamiento iniciado, con el objetivo de simplificar el modelo se supone que no se efectúan operaciones en el mercado de valores más allá de las mencionadas.

Los resultados alcanzados, tras la incorporación de los nuevos supuestos, se reflejan en las figuras 9 y 10.

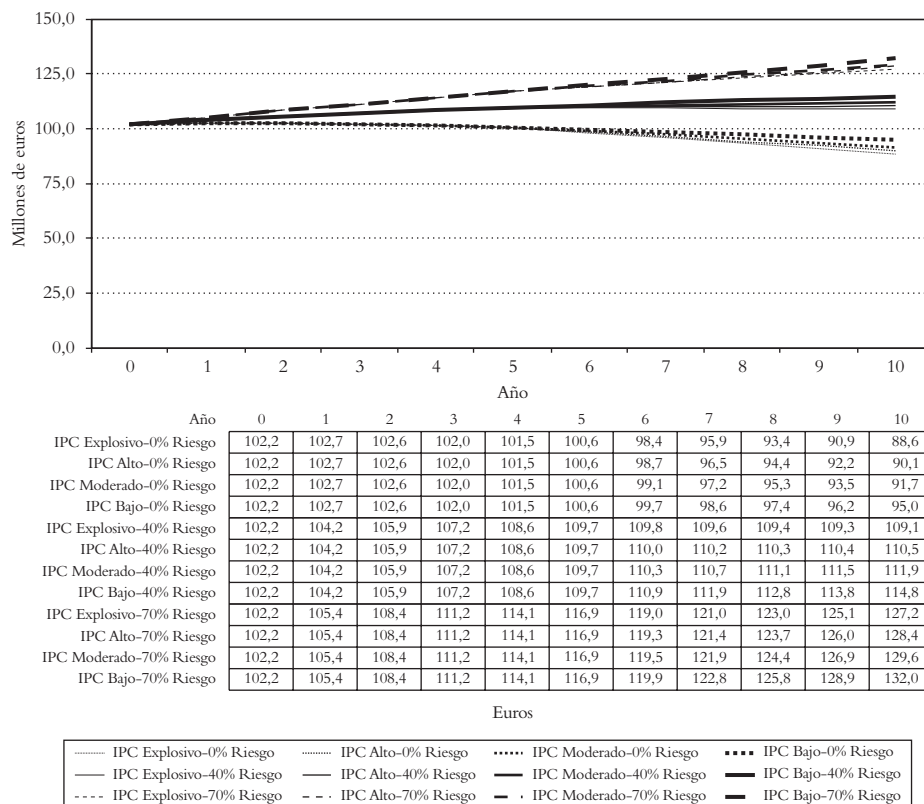
FIGURA 9.—*Escenario de expansión económica. Evolución del patrimonio fundacional bajo diversos supuestos de perfil de riesgo*



El modelo ofrece, en este caso, una conclusión muy significativa: el patrimonio fundacional está afectado por el escenario del IPC presente (analizado en apartados anteriores), pero mucho más aún por el grado de profesionalización de la gestión del patrimonio financiero y la correspondiente rentabilidad de las inversiones.

Con independencia del escenario económico, con riesgo nulo, el fin de la fundación es inevitable. Es cuestión de tiempo. Con riesgo medio, en un esce-

FIGURA 10.—*Escenario de crisis económica. Evolución del patrimonio fundacional bajo diversos supuestos de perfil de riesgo*



nario de expansión económica la fundación hipotética tiende a desaparecer pero con un plazo más largo. Se salvaría con riesgo medio en un escenario de crisis económica caracterizado por bajas tasas de inflación pero la supervivencia resultaría amenazada, de nuevo, a partir del momento en que los precios empezaran a aumentar. La única posibilidad de supervivencia segura exige la inversión con riesgo dirigida por un equipo profesional con un perfecto conocimiento del mercado financiero.

Conviene recordar que el escenario descrito es un escenario optimista que excluye la posibilidad de pérdida total de alguna inversión financiera como consecuencia, sobre todo, de la crisis económica. Es de vital importancia para una fundación patrimonial el poder configurar una cartera de inversión, a la vez prudente, equilibrada y rentable. La gestión profesionalizada y, en consecuencia, rentable de carteras es la única vía de poder obtener una alta rentabi-

lidad basada en la inversión de activos con riesgo, pero cuya volatilidad global (i.e. riesgo) no sea alta debido a que las volatilidades de cada componente de la cartera (*hedge fund*, renta fija, acciones, inmobiliario, etc.) tiendan a compensarse.

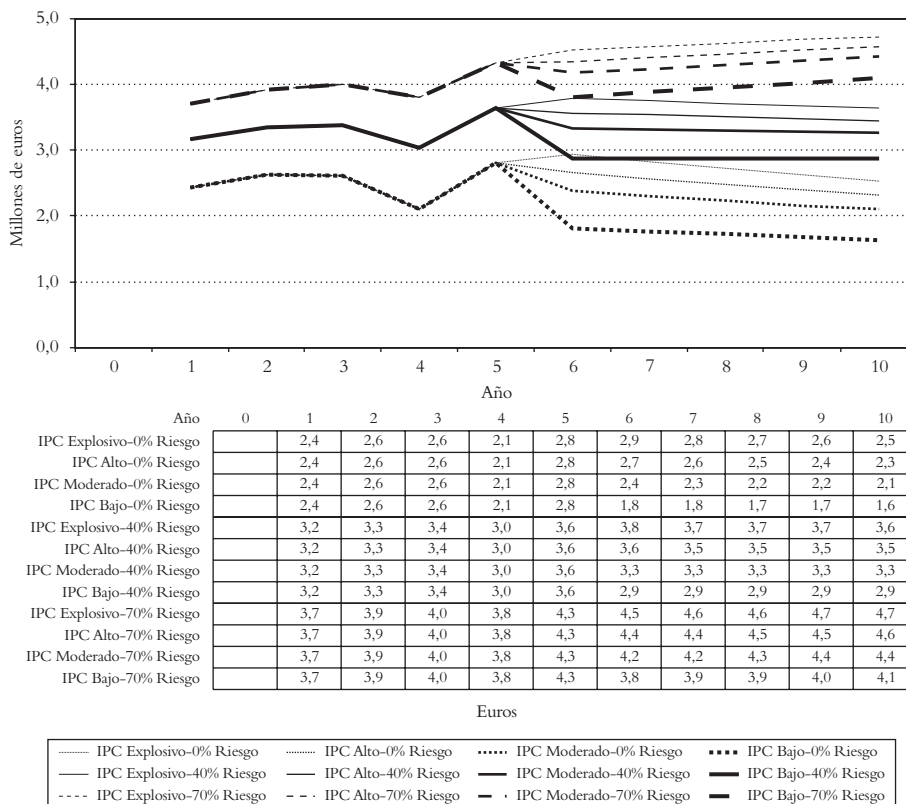
No se trata de una estrategia nueva. El fenómeno de la configuración de carteras eficientes y equilibradas está muy bien estudiado por el negocio de los fondos de pensiones y por la industria aseguradora. Sin inversiones con riesgo las actividades fundacionales no podrían sostenerse. En las mencionadas actividades, tanto las empresas pertenecientes a las mismas como las autoridades competentes dirigen sus esfuerzos a asegurar su sostenibilidad. Las compañías de seguros dedican muchos recursos al desarrollo de un departamento capaz de gestionar su enorme patrimonio, que ha de ser mantenido para hacer frente a las eventualidades propias del negocio asegurador³³. Por otro lado, el regulador permite que dichas empresas asuman riesgos elevados. Lógicamente, en estas circunstancias, es necesario un marco de supervisión de la gestión lo suficientemente potente y profesional que detecte y evite posibles riesgos injustificables y desastres innecesarios³⁴.

El análisis de las figuras 11 y 12 reflejan una situación paradójica: desde la perspectiva del gasto parece más favorable a la fundación un escenario de crisis económica. Ello se debe al hecho de las menores tasas de inflación características de dicho escenario. Pero, de nuevo, conviene recordar que tales escenarios hasta ahora han sido excepcionales y que desde la segunda guerra mundial los períodos de expansión económica han sido más numerosos que los períodos de crisis. Pero, en cualquier caso, las citadas figuras revelan que el nivel de actividad de la fundación hipotética depende, sobre todo, del riesgo asumido a la hora de invertir; algo, por otra parte, evidente. En todo caso, no debe olvidarse que aunque desde la perspectiva del gasto puede parecer conveniente una inflación elevada, desde la perspectiva de la vida de la fundación esta situación afecta negativamente al valor del patrimonio fundacional. A veces, el espejismo de los ingresos enmascara las cuestiones más relevantes.

³³ La mayoría de analistas consideran que la adquisición del Dresdner Bank por la aseguradora Allianz en julio de 2001 tuvo como principal razón el poder incorporar los brillantes gestores de cartera del Dresdner Bank a la gestión patrimonial de Allianz.

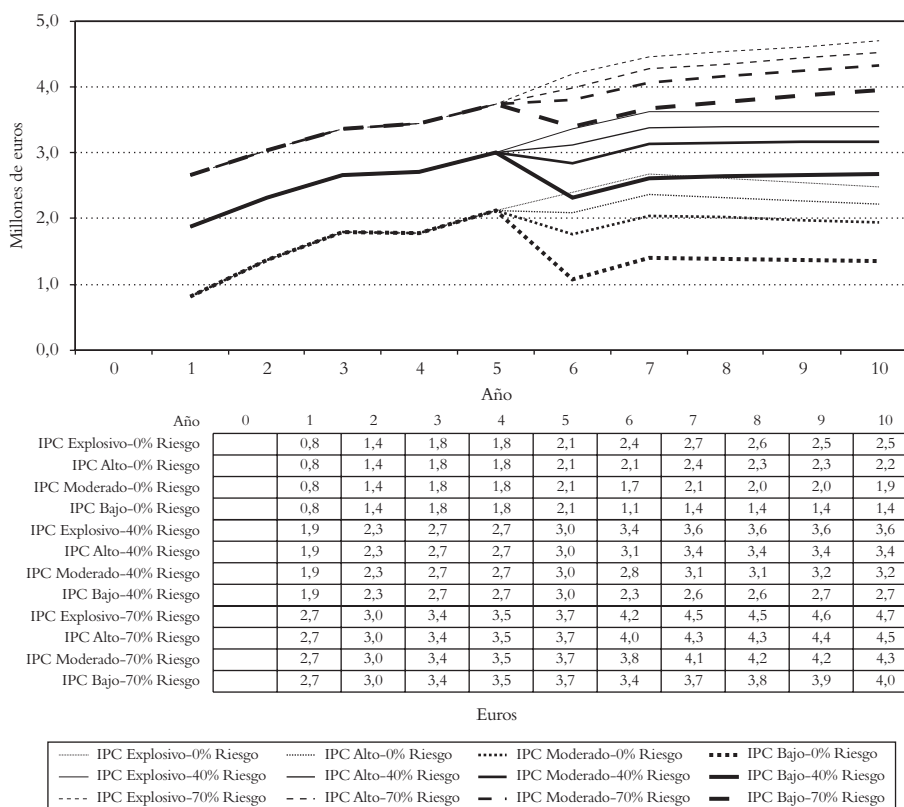
³⁴ La falta de rigor y profesionalidad del regulador puede generar consecuencias de dimensiones insospechadas como ha ocurrido en la actual crisis económica.

FIGURA 11.—*Escenario de expansión económica. Evolución del gasto social bajo diversos supuestos de perfil de riesgo*



En resumen, los resultados anteriores permiten extraer una conclusión muy similar a las de apartados anteriores. La similitud de la evolución del patrimonio fundacional y el gasto social reafirma la tesis de que una gestión activa y profesionalizada del patrimonio fundacional es un ingrediente clave tanto para la fundación como para la sociedad en general, principal destinataria de las actividades fundacionales.

FIGURA 12.—*Escenario de crisis económica. Evolución del gasto social bajo diversos supuestos de perfil de riesgo*



VI. Una cuestión adicional: flexibilizar el 70%

Se ha señalado en el presente documento la gran relevancia que tiene asegurar un elevado grado de profesionalización en la gestión de la cartera de activos y, en consecuencia, en el impacto social final de las fundaciones patrimoniales. Pero también se ha observado que los distintos escenarios en relación con el IPC influyen significativamente en la evolución del patrimonio fundacional. Por ejemplo, ante un escenario de IPC hiperinflacionista, la obligación de dedicar el 70% de los ingresos netos a gasto fundacional impide, en ocasiones, la adecuación del gasto a las necesidades y supervivencia a largo plazo de la fundación, debido al desgaste del patrimonio fundacional. Contrariamente, con una inflación cercana al 0%, el impacto de la obligación de dedicar el 70% de los ingresos netos a gastos fundacionales sería menor y el patrimonio sería más estable a lo largo del tiempo.

Por tanto, carece de sentido que el esfuerzo de inversión real al que se obliga a la fundación dependa de un factor externo nominal, como la evolución del IPC. Subidas o bajadas de la tasa de variación del IPC condicionan, por ley, el gasto fundacional en fines sociales, con independencia de la necesidad real de aumentar o reducir el gasto social.

Con el fin de profundizar algo más en la cuestión de fondo que ha dado lugar al presente trabajo, se ha llevado a cabo el siguiente ejercicio: suponiendo la gestión de la cartera fundacional distribuida entre inversiones sin riesgo (60%) y con riesgo (40%) se formula la siguiente pregunta: ¿Cuál sería el patrimonio fundacional real en el año 10 bajo distintos supuestos de evolución del IPC y gasto fundacional?

En la matriz de la tabla 4 puede verse el resultado de patrimonio real en el año 10 para diversas combinaciones de IPC y gasto fundacional.

En la tabla se remarcan aquellas combinaciones de variaciones del IPC y porcentaje de ingresos dedicados a fines fundacionales que garantizan una dotación patrimonial en un contexto habitual de evolución del IPC cercano al 2%. Los datos obtenidos ponen de manifiesto que el parámetro de gasto social en función de los ingresos (70% actualmente) debería ser objeto de reconsideración con el fin de que, en determinadas circunstancias o siempre, fuera posible su modificación con el objetivo de dar prioridad a la sostenibilidad del valor real del patrimonio, objetivo exigido por la propia regulación de las fundaciones.

Esta sugerencia cobra mayor importancia en los momentos actuales en los que no es descartable que tras la actual deflación pueda iniciarse un escenario de inflación elevada, al menos temporalmente, durante los próximos años, fruto, en gran medida, del aumento de la cantidad de dinero en circulación, en el contexto de la actual crisis económica y con el pretendido objetivo de contrarrestar sus efectos.

Una inflación elevada obliga a muchas fundaciones, en el marco del modelo diseñado, a realizar unos gastos por encima de los habituales lo que, con el paso del tiempo, conlleva su descapitalización y amenaza su supervivencia en el medio o largo plazo. En consecuencia, la sensatez aconseja modificar el marco regulador para evitar un daño irreversible al sector fundacional, especialmente grave en el caso de las fundaciones patrimoniales, que conduce a la descapitalización acelerada de las mismas comprometiendo seriamente sus posibilidades de supervivencia a medio y largo plazo. Hay que actuar antes de que eso suceda y el sector fundacional se vea seriamente dañado.

TABLA 4.—Relación de equivalencia entre el valor del nivel del IPC y el gasto social. Valor del patrimonio real en el año 10, bajo el supuesto de una cartera patrimonial invertida al 40% con riesgo

	% de ingresos empleados en fines fundacionales										
	0%	10%	20%	30%	40%	50%	60%	70%	80%	90%	100%
10%	142,5 €	129,6 €	117,7 €	106,9 €	96,9 €	87,7 €	79,3 €	71,7 €	64,6 €	58,2 €	52,3 €
9%	142,7 €	130,6 €	119,4 €	109,1 €	99,5 €	90,7 €	82,6 €	75,1 €	68,2 €	61,9 €	56,1 €
8%	143,0 €	131,6 €	121,1 €	111,3 €	102,2 €	93,8 €	86,0 €	78,8 €	72,1 €	65,9 €	60,2 €
7%	143,2 €	132,7 €	122,9 €	113,7 €	105,1 €	97,1 €	89,6 €	82,7 €	76,2 €	70,2 €	64,6 €
6%	143,5 €	133,8 €	124,7 €	116,1 €	108,1 €	100,6 €	93,5 €	86,8 €	80,6 €	74,8 €	69,3 €
5%	143,8 €	135,0 €	126,6 €	118,7 €	111,2 €	104,2 €	97,5 €	91,3 €	85,3 €	79,8 €	74,5 €
4%	144,1 €	136,2 €	128,6 €	121,4 €	114,5 €	108,0 €	101,8 €	96,0 €	90,4 €	85,1 €	80,1 €
3%	144,5 €	137,4 €	130,6 €	124,1 €	118,0 €	112,0 €	106,4 €	101,0 €	95,8 €	90,9 €	86,2 €
2%	144,8 €	138,7 €	132,7 €	127,0 €	121,6 €	116,3 €	111,2 €	106,3 €	101,6 €	97,1 €	92,8 €
1%	145,2 €	140,0 €	134,9 €	130,1 €	125,3 €	120,8 €	116,3 €	112,1 €	107,9 €	103,9 €	100,0 €
0%	145,6 €	141,4 €	137,2 €	133,2 €	129,3 €	125,5 €	121,8 €	118,2 €	114,6 €	111,2 €	107,9 €

VII. Algunas consideraciones acerca de las fundaciones operativas

Un análisis de la realidad revela la importancia esencial de las organizaciones privadas no lucrativas. La eclosión de dichas organizaciones en los últimos años se explica por la creciente sensibilidad social ante una situación caracterizada por la imposibilidad de las Administraciones públicas de hacer frente a la diversidad creciente de las necesidades que surgen en las sociedades actuales, progresivamente complejas.

Las nuevas necesidades tienen su expresión, fundamentalmente, en los campos de la educación/formación, salud, servicios sociales y actividades culturales y recreativas.

Las fundaciones operativas, por regla general, no tienen demasiados problemas desde la perspectiva de la gestión de su patrimonio, dado que éste no es relevante. En consecuencia, su gestión se centra, fundamentalmente, en la respuesta a dos retos distintos: la obtención de ingresos y la gestión de sus gastos.

En relación con la obtención de ingresos, la eficiencia en el proceso de búsqueda de rentas es fundamental, pues el paso del tiempo forzaría la competencia entre los buscadores de rentas. La realidad revela que, frecuentemente, hay distintos demandantes de recursos para la consecución de fines similares y el número de patrocinadores es reducido. Este hecho fomenta la competencia entre los demandantes de recursos, impulsando la eficiencia en el proceso de presentación de proyectos. En un marco fundacional progresivamente competitivo, la concurrencia de ofertas para un determinado proyecto o para proyectos similares debe traducirse, necesariamente, en su mejora. Dicha mejora es función directa de la presión competitiva en el proceso de captación de recursos.

Una vez asegurada la financiación de un determinado proyecto, la gestión del gasto adquiere una relevancia especial, particularmente en un marco competitivo o precompetitivo. La gestión interna eficiente supone administrar los recursos con eficacia, buscando su asignación óptima. A su vez, la optimización de la gestión de recursos escasos exige una política laboral adecuada, similar a la adoptada por las empresas eficientes en el contexto de mercados competitivos. En relación con los gastos, es necesario elaborar una estrategia de optimización de los mismos. En este contexto, no sirven, por ejemplo, conductas equivalentes a aceptar variaciones de precios interanuales similares a las variaciones del IPC ³⁵. Por el contrario, la estrategia adecuada aconseja exigir

³⁵ En el contexto actual, con tasas de evolución del IPC negativas, la estrategia de reducir los salarios no está contemplada.

reducciones anuales de costes, de acuerdo con las economías de escala o con la eficiencia derivada del aprendizaje ³⁶.

Además, la mencionada eclosión exige la debida atención por parte de los administradores públicos, de las propias fundaciones y, también, de las organizaciones fundacionales. Se trata, fundamentalmente, de establecer los criterios que deben presidir la actuación de las organizaciones fundacionales cuyas referencias fundamentales deben ser la libertad, la eficacia, la racionalidad, la confianza de la sociedad y la eliminación de la regulación ineficiente. Pero, además, es conveniente que tanto los protectorados como las organizaciones fundacionales presten los servicios de información y asesoramiento necesarios para reforzar la gestión de las fundaciones cuyo objetivo final no debe ser otro que la asignación eficiente de los recursos en beneficio de la actividad fundacional y del conjunto de la sociedad.

VIII. Conclusiones

Como primera conclusión, debe mencionarse la necesidad de que los Registros de Fundaciones se conviertan en un objeto práctico de conocimiento de forma que faciliten la realización de estudios rigurosos de la realidad fundacional en España y en cada uno de sus territorios autonómicos. A ello debe añadirse la pertinencia de depurar regularmente los Registros con el fin de conocer con precisión el número de fundaciones activas, lo que no excluye la posibilidad de considerar bajas transitorias por cuestiones diversas. Lógicamente, el cambio de función de los Protectorados exige una dotación de medios superior a las actuales.

Los datos manejados en el presente trabajo revelan la necesidad de que las fundaciones patrimoniales estén, permanentemente, atentas a la evolución de dos variables: en primer lugar, la tasa de crecimiento del IPC, y, en segundo lugar, y en mayor medida, la rentabilidad de las inversiones fundacionales. Ambas, simultáneamente, sin olvidar que el límite mínimo del 70% de ingresos netos que debe ser destinado a fines fundacionales puede comprometer el futuro de dichas fundaciones. Ello sugiere que, ante una tasa de incremento de los precios elevada, la continuidad de una fundación exige incrementar la rentabilidad de sus inversiones y/o la flexibilización de dicho límite mínimo. Las fundaciones patrimoniales tienen la obligación de invertir eficientemente sus recursos pero la regulación de las fundaciones debe considerar la oportunidad

³⁶ Aunque parezca difícil, la reducción de costes no lo es. Además, debería ser una estrategia continua de las fundaciones.

de modificar a la baja el límite del 70% y dar mayores grados de libertad en relación con su distribución temporal. Además, por parte de los protectorados es necesario flexibilizar, con la correspondiente supervisión técnica, los criterios decisorios en relación con las inversiones que conllevan riesgo.

En relación con las fundaciones operativas, las nuevas condiciones que condicionan su actividad exigirán una mayor profesionalización de su gestión, tanto en relación con la búsqueda de ingresos como en relación con la gestión del gasto y organización del trabajo.

No tomar en consideración estas cuestiones puede desembocar en un resultado paradójico: la Ley de fundaciones que tiene como prístina misión asegurar la actividad de las fundaciones patrimoniales a largo plazo puede convertirse en el principal ingrediente que contribuye a limitar temporalmente la vida de dichas fundaciones. Ésta y otras cuestiones, también relevantes, de la Ley de fundaciones deberían ser objeto de reconsideración.

Protección de datos personales y fundaciones

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad San Pablo-CEU de Madrid

SUMARIO: I. SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.—II. LAS FUNDACIONES COMO RESPONSABLES DE FICHEROS O TRATAMIENTOS.—III. EL MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS.—IV. REFERENCIA A ALGUNAS OBLIGACIONES DE LAS FUNDACIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS: 1. *Ámbito de aplicación de la normativa sobre protección de datos*. 2. *Creación e inscripción de ficheros*. 3. *Deber de información y obtención del consentimiento de los interesados*. 4. *Principios de calidad y finalidad*. 5. *Derechos de los interesados: acceso, rectificación, cancelación y oposición*. 6. *Tratamiento de datos por cuenta de terceros: el encargo del tratamiento*. 7. *Medidas de seguridad*.—V. LOS CÓDIGOS TIPO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS.—VI. EL RÉGIMEN SANCIONADOR.—VII. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN RELACIÓN CON LOS FICHEROS DE LAS FUNDACIONES.

I. Sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal ¹

Cuando a principios de los años setenta del pasado siglo se aprobaron las primeras leyes de protección de datos estaban poniéndose las bases de la reacción del legislador frente a las amenazas que para los derechos fundamentales podían derivar del uso de las nuevas tecnologías, en particular, entonces, de la informática. Tras una evolución imparable que pasa por el Convenio 108 del Consejo de Europa sobre protección de las personas en relación con el tratamiento automatizado de sus datos, la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos y el artículo 8 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, nos encontramos hoy ante un marco normativo que cada vez con más intensidad pretende proteger nuestra privacidad frente a los constantes ataques a que está sometida como consecuencia del tratamiento no siempre lícito de nuestros datos personales. Tratamiento que las nuevas tecnologías facilitan sobremanera, en la misma proporción en que nuestra intimidad disminuye hasta casi desaparecer.

¹ Algunas de las consideraciones que expongo a continuación ya las he adelantado en «Estudio Introductorio. El derecho fundamental a la protección de datos personales. Contenido esencial y retos actuales. En torno al nuevo Reglamento de Protección de Datos», en PIÑAR MAÑAS y CANALES GIL, *Legislación de Protección de Datos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 17-94.

En este panorama, que no es de ciencia ficción sino que refleja una realidad incontestable, el derecho fundamental a la protección de datos adquiere una importancia capital. Es sin duda uno de los derechos esenciales para el desarrollo de las sociedades contemporáneas.

El derecho a la protección de datos se fundamenta en el poder de disposición de los datos personales por su titular, y en que tales datos son sometidos a tratamiento. Lo que se traduce en que por definición quien trata datos personales trata datos ajenos, no propios, que debe utilizar con estricto respeto a los derechos del interesado. Tales datos pueden o no ser íntimos, lo que diferencia (entre otros elementos) la protección de datos del derecho a la intimidad. De hecho, las primeras manifestaciones de la protección de datos se vinculaban estrechamente a la intimidad, pero tal planteamiento está hoy superado. De modo que quien disponga (incluidas las fundaciones) de datos personales de terceros, sean de la naturaleza que sean, ha de tratarlos con estricta observancia de la legislación aplicable, que hoy está constituida, en lo esencial, por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos personales (LOPD), y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en la Cumbre de Niza de 7 de diciembre de 2000, dispone en su artículo 8, dentro del Capítulo relativo a las Libertades, que «*Toda persona tiene Derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan*». Además, en el artículo 7, de forma separada, se recoge el derecho a la vida privada y familiar. Hay, pues, una clara diferenciación entre ambos derechos, el derecho a la privacidad y el derecho a la protección de datos, que merecen, en consecuencia, dos preceptos distintos.

Nuestro Tribunal Constitucional también ha puesto de manifiesto esa diferencia. En las Sentencias 290 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre, se consolida el derecho a la protección de datos como derecho autónomo e independiente del derecho a la intimidad. La segunda, que concluye por ahora una evolución jurisprudencial constitucional que ha ido configurando el Derecho a la protección de datos, desde el reconocimiento del Derecho a la intimidad y privacidad, pasando por el llamado Derecho a la autodeterminación informática o informativa², es la que definitivamente ha reconocido que el Derecho fundamental a la protección de datos personales deriva directamente de la Constitución y debe considerarse como un Derecho autónomo e independiente. El Fundamento Jurídico Séptimo dice así:

² Véanse entre otras las Sentencias constitucionales 110/1984, 254/1993, 143/1994, 94/1998, 11/1998, 144/1999 y 202/1999.

«7. ... el contenido del Derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del Derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.

Y ese Derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso lo está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del Derecho fundamental a la protección de datos personales los Derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos.

Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del Derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el Derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele».

En consecuencia, deben en todo caso protegerse los datos personales que manejen las fundaciones. Teniendo en cuenta la siguiente precisión: los datos personales protegidos son aquellos *que estén registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento* (art. 2.1 de la LOPD). En este sentido, debemos recordar que el concepto de dato personal es sumamente amplio: «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables» [art. 5.f) del Reglamento y art. 3 de la LOPD]. Y que también lo es el de tratamiento, tal como se recoge en el artículo 3.c) de la LOPD: «operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias»³. En cuanto al concepto de fichero, por tal se en-

³ Ver asimismo el artículo 5.t) del Reglamento, que es algo más completo: «cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación,

tiende «todo conjunto organizado de datos de carácter personal, que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso» [art. 5.k) del Reglamento y 3.b) de la Ley Orgánica].

Por tanto, los conceptos *dato personal/fichero/tratamiento* son la clave de bóveda de la protección de datos. Lo cual se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones (por ejemplo, Sentencias de 19 de septiembre, 14 y 15 de octubre, 7 de noviembre o 12 de diciembre de 2008), así como por la Audiencia Nacional (recientemente, Sentencia, más que polémica, de 22 de abril de 2009).

II. Las fundaciones como responsables de ficheros o tratamientos

Las fundaciones manejan un gran número de datos personales, de todo tipo, llevan a cabo tratamientos de muy diversa naturaleza y poseen ficheros, automatizados y/o no automatizados. Manejan datos de beneficiarios, de personal, de proveedores, de colaboradores, de terceros. Llevan a cabo múltiples cesiones de datos: a otras fundaciones, a las Administraciones Públicas, al Protectorado, a centros ubicados en el extranjero (muchas veces en países que no cuentan con un nivel adecuado de protección de datos), a entidades colaboradoras, a empresas, a profesionales. A menudo tratan datos especialmente protegidos, sujetos a un régimen jurídico particularmente riguroso y garantista: piénsese en los datos de salud, incluidos los datos sobre discapacidad, datos de raza, datos que revelen ideología o creencias. Las fundaciones contratan prestaciones de servicios con terceros que implican tratamientos de datos por cuenta de aquéllas, disponen de páginas web donde vuelcan múltiples datos. Manejan datos de personas mayores de edad, pero también de menores (sobre todo las fundaciones docentes que gestionan centros de enseñanza, o las asistenciales que atienden a menores).

Todos esos tratamientos, todos los ficheros que como consecuencia de ello se generan, en soporte informático o en soporte papel, están sometidos a la legislación de protección de datos. Las fundaciones están obligadas a respetar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias».

Esta primera consideración debe tenerse muy presente: las fundaciones, casi por definición, cuentan con ficheros de datos personales (abstracción hecha de la cantidad de datos que manejen: no hay un mínimo de datos fijado en la ley para considerarla aplicable) y en consecuencia han de observar lo dispuesto por la legislación vigente. Al crear sus ficheros o decidir un tratamiento de datos, se configuran como responsables del fichero o del tratamiento, entendiendo por tal la «persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que sólo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente» [arts. 5.q) del Reglamento y 3.d) de la LOPD]. Y como tales responsables, deben, como digo, aplicar en su totalidad la legislación de protección de datos.

Siendo responsables de ficheros o tratamientos, las fundaciones están sujetas al régimen sancionador establecido en la LOPD. Así lo establece el artículo 43 de la LOPD y los artículos correspondientes de las leyes autonómicas de protección de datos. Más adelante me referiré a ello.

III. El marco normativo de la protección de datos

Esa legislación está constituida, en lo esencial, y como ya antes adelanté, por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y por su Reglamento. Pero también han de tenerse en cuenta otras muchas disposiciones, como la Ley general de telecomunicaciones, la de servicios de la sociedad de la información, la de autonomía del paciente, o la de impulso de la sociedad de la información. Todas ellas, y otras más, inciden de alguna manera en los tratamientos de datos que llevan a cabo las fundaciones. No obstante, en este momento me referiré fundamentalmente a la LOPD y a su Reglamento, intentando resaltar las cuestiones que mayor interés tienen para las fundaciones.

La primera norma específica sobre protección de datos en España fue la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), dictada en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución, según el cual «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

En desarrollo de la LORTAD se dictaron los Reales Decretos 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos; 1332/1994, de 20 de junio, de desarrollo parcial de la LORTAD, y 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas

de seguridad ⁴. Asimismo, la Agencia dictó las Instrucciones 1 ⁵ y 2/1995 ⁶, 1 ⁷ y 2/1996 ⁸ y 1/1998 ⁹.

Tras la adopción de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (norma de extraordinaria importancia en el ámbito de la protección de datos), era necesario aprobar un nuevo texto legal al objeto de transponer su contenido al ordenamiento interno. Así se hizo mediante la Ley Orgánica 15/1999.

Poco después de aprobarse la LOPD, el Tribunal Constitucional dictó sus importantes Sentencias 290 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre, a las que ya me he referido.

Por otra parte, tras la LOPD (y también, en algún caso, desde antes de su aprobación) se han ido aprobando diversas leyes sectoriales que tienen una muy importante incidencia en el ámbito de la protección de datos, y que deben ser tenidas en cuenta por las fundaciones. Merecen especial referencia la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones ¹⁰; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. Asimismo deben ser tenidas en cuenta otras muchas leyes, que afectan, directa o indirectamente a la protección de datos. De entre ellas ¹¹ pueden afectar especialmente a las fundaciones la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los

⁴ Mediante Real Decreto 195/2000, de 11 de febrero, se estableció el plazo para implantar las medidas de seguridad de los ficheros automatizados previstas por el Reglamento de medidas de seguridad.

⁵ Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, relativa a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.

⁶ Instrucción 2/1995, de 4 de mayo, de medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal.

⁷ Instrucción 1/1996, de 1 de marzo, de ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a edificios.

⁸ Instrucción 2/1996, de 1 de marzo, de ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los casinos y salas de bingo.

⁹ Instrucción 1/1998, de 19 de enero, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

¹⁰ Que viene a trasponer la importante Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

¹¹ Véase una relación de las mismas en PIÑAR MAÑAS, «Estudio introductorio. El derecho fundamental a la protección de datos personales.....», ob. cit., p. 37.

ciudadanos a los servicios públicos; la Ley 30/2007, de contratos del sector público, o la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. Leyes a las que, como digo, pueden añadirse muchas más, así como múltiples normas reglamentarias.

En fin, tras la LOPD la Agencia Española de Protección de Datos aprobó tres Instrucciones: la 1/2000, de 1 de diciembre, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos ¹²; la 1/2004, de 22 de diciembre, sobre publicación de las resoluciones de la Agencia, y la 1/2006, de 8 de noviembre, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras.

En cuanto a las Comunidades Autónomas ¹³, las previsiones de la LOPD han sido puestas en práctica hasta el momento por tres Comunidades Autónomas: Madrid, Cataluña y País Vasco ¹⁴: Ley 8/2001, de 13 de julio, de protección de datos de carácter personal en la Comunidad de Madrid; Ley 5/2002, de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, y Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

El anterior es el marco normativo que deben tener en cuenta las fundaciones en lo que al tratamiento de datos personales se refiere. Veamos a continuación algunos, que no todos, de los problemas que su aplicación puede generar.

IV. Referencia a algunas obligaciones de las fundaciones en materia de protección de datos

1. *Ámbito de aplicación de la normativa sobre protección de datos*

La LOPD y su Reglamento no se aplican ni a los datos de personas jurídicas ni a los de personas fallecidas ¹⁵. Es decir, los ficheros de las fundaciones que incorporen sólo tales datos no están sujetos a las obligaciones que aquéllos

¹² Sobre dicha Instrucción téngase en cuenta la STS de 25 de septiembre de 2006, por la que se anula el apartado 2 de la norma tercera de la misma.

¹³ A ello me he referido ya en «Protección de datos personales y entidades locales», en R. PARADA y J. A. FUENTETAJA (dirs.), *Reforma y retos de la Administración Local*, Pons, Madrid, pp. 227 y ss.

¹⁴ Por el orden en que han aprobado sus correspondientes leyes reguladoras de las Agencias Autonómicas respectivas.

¹⁵ No obstante, según el artículo 2.4, «las personas vinculadas al fallecido, por razones familiares o análogas, podrán dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de éste con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo, y solicitar, cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos».

imponen. Además, respecto a los datos relacionados con las personas jurídicas es importante destacar que tampoco se aplica «a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en aquellas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales» (art. 2.2). Es ésta una muy importante novedad que sin duda facilita el tratamiento de tales datos (las fundaciones cuentan con numerosas bases de datos que incorporan información de este tipo), pero que con certeza va a producir más de un quebradero de cabeza. Por ahora puede apuntarse que para que opere la excepción que incorpora el Reglamento sólo han de tratarse los datos que acabo de enumerar, no más. El Reglamento se cuida de utilizar la expresión «únicamente» al enumerar los datos, de modo que si se incorporase alguno diferente (por ejemplo, el DNI) tal excepción dejaría de ser aplicable. También debe quedar claro que la finalidad para la que tales datos pueden ser utilizados es tan sólo la de tratarlos como datos de contacto en las actividades propias de las relaciones empresariales o profesionales, no para otras finalidades distintas.

Por otro lado, ante las dudas que se habían planteado en orden a la aplicación o no de la legislación de protección de datos a los datos de profesionales, el Reglamento opta por considerarlos datos personales y en consecuencia no excluidos de su ámbito de aplicación (en contra de los datos relativos a empresarios individuales, cuyos datos quedan excluidos del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros: art. 2.3)¹⁶.

La Agencia ya ha emitido diversos Informes en donde se deja claro lo que acabo de apuntar¹⁷. En particular, y en lo que a las fundaciones se refiere, el Informe 265/2008 de la AEPD deja claros los siguientes extremos:

— La exclusión derivada de las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 2 ha de entenderse referida a la totalidad de las normas reguladoras del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y, en consecuencia, se refiere tanto a la Ley Orgánica 15/1999 como a su Reglamento de desarrollo.

— El tratamiento de los datos de personas de contacto al que se refiere el artículo 2.2 únicamente estará excluido de dichas normas cuando los datos sean única y exclusivamente los referidos en el precepto y la finalidad del tra-

¹⁶ Sobre ello puede verse, entre otros, el Informe Jurídico 0371/2008 de la AEPD.

¹⁷ La mayoría de los Informes que la Agencia ha elaborado sobre el nuevo Reglamento pueden consultarse en su página web: www.agpd.es

tamiento no sea establecer un vínculo con el profesional sino únicamente con la empresa en que presta sus servicios.

— De este modo, si se incluye cualquier dato distinto de los mencionados en el citado precepto, por ejemplo el DNI del afectado o su condición de representante del patrono en los órganos de la fundación, el fichero estará sometido a la Ley orgánica y al Reglamento en su integridad.

2. *Creación e inscripción de ficheros*

Con carácter previo al tratamiento de datos las fundaciones deben crear sus ficheros e inscribirlos en la Agencia Española de Protección de Datos y/o en las Agencias Autonómicas correspondientes ¹⁸.

Según el artículo 26 de la LOPD toda persona o entidad que proceda a la creación de ficheros de carácter personal lo notificará previamente a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). La notificación deberá incluir «la identificación del responsable del fichero, la identificación del fichero, sus finalidades y los usos previstos, el sistema de tratamiento empleado en su organización, el colectivo de personas sobre el que se obtienen los datos, el procedimiento y procedencia de los datos, las categorías de datos, el servicio o unidad de acceso, la indicación del nivel de medidas de seguridad básico, medio o alto exigible, y en su caso, la identificación del encargado del tratamiento en donde se encuentre ubicado el fichero y los destinatarios de cesiones y transferencias internacionales de datos» (art. 55.2 del RLOPD) ¹⁹.

La LOPD y el Reglamento regulan por un lado el régimen de creación, modificación o supresión de ficheros de titularidad pública y por otro el de la notificación e inscripción de los ficheros de titularidad tanto pública como privada. Esta distinción es importante, pues las fundaciones privadas son consideradas responsables de ficheros privados, pero las fundaciones públicas sanitarias lo son de ficheros públicos. En cuanto a las fundaciones privadas de iniciativa pública la situación no es en absoluto pacífica. A grandes rasgos cabe decir que mientras que para la Agencia Española de Protección de Datos estas últimas son responsables de ficheros de titularidad privada, para la Audiencia

¹⁸ Teniendo en cuenta que por ahora sólo se han constituido las Agencias de Madrid, Cataluña y País Vasco, como ya hemos visto.

¹⁹ El RLOPD ha simplificado el régimen de inscripción de ficheros. Tema éste también de gran importancia dado que es obligación de todos los responsables de ficheros inscribirlos en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia Española. Si bien debe quedar claro que la obligación de inscripción se extiende a todos los ficheros sometidos a la LOPD, pero no así a los tratamientos.

Nacional (por ahora en una sola sentencia) lo son de ficheros públicos. Más adelante me referiré de nuevo a ello al analizar las competencias que corresponden a las Agencias Autonómicas de Protección de Datos en relación con las fundaciones.

La creación, modificación o supresión de ficheros de titularidad pública debe hacerse por medio de disposición general, como señala la LOPD, artículo 20.1. El Reglamento, sin embargo, ha interpretado que también podrá hacerse por medio de acuerdo (art. 52). En cualquier caso, uno y otro deben publicarse en el BOE o diario oficial correspondiente. La referencia al «acuerdo» pretende aclarar la situación en la que se encontraban no pocas entidades de derecho público que eran responsables de ficheros y que por tanto debían proceder a su creación, pero respecto de las cuales era a veces forzado concluir que tenían potestad de dictar disposiciones generales. En este caso podrían encontrarse las fundaciones públicas sanitarias, que a partir del Reglamento podrán acudir a la vía del «acuerdo» para crear, modificar o suprimir sus ficheros.

3. Deber de información y obtención del consentimiento de los interesados

Uno de los principios básicos de la protección de datos es el de información. El poder de disposición sobre los propios datos personales requiere, como sabemos, poder tener conocimiento de quién dispone de tales datos y qué uso pretende hacer de los mismos. Esto es lo que cabalmente deben hacer las fundaciones: cuando recaben datos personales deben informar al interesado. El artículo 5.1 de la LOPD dispone que los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco de los extremos a los que el mismo se refiere.

Debo resaltar que no pocos de los problemas que se plantean en el tratamiento de datos por parte de las fundaciones se deben a fallos o defectos en la obtención del consentimiento de los afectados y al modo en que aquéllas llevan a cabo el deber de información. En innumerables ocasiones podrían obviarse tales problemas con una adecuada cláusula informativa y de obtención del consentimiento. En dicha cláusula deberá informarse de los extremos a que se refiere el artículo 5 de la LOPD²⁰. Asimismo, y en caso de que una

²⁰ La información debe referirse a: a) La existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) El carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas. c) Las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. d) La posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. e) La identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

fundación solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos a terceros, el artículo 12.2 del Reglamento dispone que aquél deberá ser informado de forma que conozca inequívocamente la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo ²¹.

En no pocas ocasiones los datos se recaban a través de una página web. En este supuesto, tal como se señala en el Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 93/2008 ²², emitido al hilo de una consulta planteada por una fundación, las obligaciones que establece el artículo 5.º de la LOPD «suelen cumplirse mediante formularios y cláusulas a los que se accede a través de enlaces como pueden ser “aviso legal” o “política de protección”. También es importante incluir algún tipo de “link” de este tipo en relación con los derechos de los interesados de rectificación, cancelación, acceso y oposición. En cuanto al consentimiento informado —sigue la Agencia—, este habrá de recabarse de tal forma que resulte imposible la introducción de dato alguno sin que previamente el afectado haya conocido la advertencia que contenga las menciones a las que nos hemos referido, pudiendo servir como prueba del consentimiento la acreditación de que el programa impide introducir los datos sin antes haber aceptado el aviso legal al que hemos hecho referencia. Todo ello tiene por objeto asegurar que el consentimiento de los afectados sea efectivamente específico e inequívoco tal y como exige la Ley».

Junto al deber de información, el principio de consentimiento es asimismo nuclear en todo el régimen de la protección de datos. O mejor, quizá, el principio de habilitación legítima para el tratamiento de los datos. Las fundaciones sólo pueden tratar o ceder datos cuando cuenten con el consentimiento inequívoco de los afectados, salvo que la ley disponga otra cosa (arts. 6 y 11 de la LOPD). Es decir, el título que inicialmente legitima el tratamiento de datos personales es el consentimiento, si bien es posible que se den otros supuestos en virtud de los cuales los responsables de ficheros (en nuestro caso las fundaciones) puedan tratar datos legítimamente. El artículo 6.2 de la LOPD indica algunos de tales casos, de entre los que quizá merece la pena ahora señalar el

²¹ Téngase en cuenta que el artículo 12.2 del Reglamento se separa del artículo 11.3 de la LOPD, y en consecuencia podría ser considerado de dudosa legalidad. En efecto, el primero exige informar al interesado de la finalidad a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento «y» el tipo de actividad desarrollada por el cesionario, mientras que según la LOPD basta con informar de la finalidad a la que se destinarán los datos cuya comunicación se autoriza «o» el tipo de actividad de aquel a quien se pretendan comunicar.

²² Puede consultarse en <http://www.agpd.es>.

de la obtención de datos provenientes de fuentes accesibles al público. Y ello porque frente a lo que en principio podría pensarse, el concepto de «fuente accesible al público» no coincide con el de fuentes que contengan o incorporen datos a los que públicamente puede accederse. Éstas sólo son aquellas que reúnan los requisitos que establece el artículo 3.j) de la LOPD, desarrollado por el artículo 7 del RLOPD. Es decir, la lista de fuentes accesibles al público es tasada. En este sentido, las páginas web (salvo las que sean reflejo de alguna fuente accesible al público de las enumeradas por la Ley y el Reglamento, por ejemplo un boletín oficial —sobre todo tras la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que supone el fin de la edición en papel del BOE, que a partir del 1 de enero de 2009 sólo se edita en soporte informático— o un medio de comunicación social) no son fuentes accesibles al público y para el tratamiento de datos en ellas deberán aplicarse todas las cautelas que la Ley exige, así como en relación con el uso de los datos que se publiquen en las mismas.

Que el consentimiento deba ser inequívoco no significa que deba ser expreso. Ha de ser en todo caso previo, pero puede ser tácito o presunto. Sólo en el caso de tratamiento de datos especialmente protegidos se exigen cautelas más intensas. El artículo 7 de la LOPD dispone que los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. Pero si los datos de carácter personal revelan la ideología, afiliación sindical, religión y creencias sólo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso y por escrito del afectado. Es ésta una exigencia especialmente importante para las fundaciones que, dados sus fines, han de tratar en numerosas ocasiones datos sensibles o especialmente protegidos.

El citado Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 93/2008 recuerda que «el consentimiento, salvo cuando el tratamiento se refiera a los datos especialmente protegidos, regulados por el artículo 7 de la Ley Orgánica, podrá obtenerse de forma expresa o tácita, es decir, tanto como consecuencia de una afirmación específica del afectado en ese sentido, como mediante la falta de una manifestación contraria al tratamiento, para la que se hayan concedido mecanismos de fácil adopción por el afectado y un tiempo prudencial para dar la mencionada respuesta negativa». Por su parte, el Informe 453/2008 resalta que, «como establece tajantemente» el artículo 7.2 de la LOPD, el tratamiento de datos de ideología, afiliación sindical, religión y creencias precisará siempre el previo consentimiento del afectado, que habrá de ser previo y por escrito. Sin embargo, la propia LOPD establece una excepción especialmente interesante para las fundaciones: se exceptúan los ficheros

mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado.

En cuanto a la cesión de datos a terceros, el consentimiento del afectado también es esencial (art. 11 de la LOPD). El Informe 227/2006 de la AEPD se refiere al acceso a los datos de los alumnos por padres y familiares, y aunque se refiere a datos escolares, la conclusión a la que llega es perfectamente trasladable a no pocas fundaciones: la comunicación de datos de alumnos es una cesión de datos que debe estar amparada por la LOPD. En consecuencia y por regla general el acceso a los datos de mayores de edad sólo será posible con su consentimiento. En cualquier caso, puede haber datos que aun relacionados con el alumno sean datos referentes a terceros (por ejemplo, «los datos referidos al efectivo abono de los servicios prestados por el centro podrán referirse al padre o madre que efectivamente procedan a su pago») en cuyo caso procederá el acceso a los mismos.

El Reglamento ha incrementado las garantías de los titulares de los datos en la regulación de la forma de recabar el consentimiento (art. 14) y su revocación (art. 17), así como en cuanto al régimen de la solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma (art. 15).

Según el artículo 14, para solicitar el consentimiento del interesado, salvo cuando la Ley exija la obtención del consentimiento expreso, el responsable (es decir, la fundación titular del fichero) *podrá* dirigirse al afectado, informándole en los términos previstos en los artículos 5 de la LOPD y 12.2 del Reglamento, concediéndole un plazo de treinta días para manifestar su negativa al tratamiento, y advirtiéndole de que en caso de no pronunciarse se entenderá que consiente el tratamiento. En particular, cuando se trate de responsables que presten al afectado un servicio que genere información periódica o reiterada, o facturación periódica, la comunicación podrá llevarse a cabo de forma conjunta a esta información o a la facturación del servicio prestado, siempre que se realice de forma claramente visible. Por otra parte, y al objeto de evitar posibles conductas que impliquen cierta presión sobre los interesados, se establece que cuando se solicite el consentimiento del interesado a través del citado procedimiento no será posible solicitarlo nuevamente respecto de los mismos tratamientos y para las mismas finalidades en el plazo de un año a contar de la fecha de la anterior solicitud (art. 14.5). Lo cual, sin embargo, no parece impedir que la solicitud de consentimiento

pueda reiterarse cuando se hubiese recabado mediante otro procedimiento (por ejemplo, telefónicamente).

Añade el Reglamento (art. 14.3) que, «en todo caso», será necesario que el responsable pueda conocer si la comunicación ha sido objeto de devolución por cualquier causa, en cuyo caso no podrá proceder al tratamiento de los datos referidos a ese interesado. Esta previsión puede plantear problemas, pues al exigir que tal comprobación se efectúe «en todo caso» podría concluirse que la solicitud de consentimiento ha de llevarse a cabo siempre por escrito (y aún más, por correo), lo cual es inexacto. El procedimiento regulado en los apartados 1 y 2 del artículo 14 se prevé como mera posibilidad, resaltando que se trata de una vía que los responsables pueden legítimamente utilizar para recabar el consentimiento, pero sin perjuicio de cualquier otra que permita acreditar su obtención. Por ello habría sido seguramente más correcto haber incluido el número 3 del repetido artículo 14 como párrafo del número 2 y no como apartado diferenciado.

En cuanto a la negativa al tratamiento, el Reglamento sí obliga a los responsables a facilitar al interesado un medio sencillo y gratuito para ello. En particular se admite el envío prefranqueado al responsable del tratamiento, la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido. Procedimientos éstos que no son los únicos, pero sí posibles.

En relación con la solicitud del consentimiento en el marco de una relación contractual para fines no relacionados directamente con la misma, el artículo 15 establece una obligación: si el responsable del tratamiento solicitase el consentimiento del afectado durante el proceso de formación de un contrato para finalidades que no guarden relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual, deberá permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos. Y una posibilidad: en particular, se entenderá cumplido tal deber cuando se permita al afectado la marcación de una casilla claramente visible y que no se encuentre ya marcada en el documento que se le entregue para la celebración del contrato o se establezca un procedimiento equivalente que le permita manifestar su negativa al tratamiento. Debe decirse, por un lado, que no es éste el único procedimiento posible y, por otro, que lo que el reglamento establece es, parece, una presunción, casi *iuris tantum*, de que con tal procedimiento (casilla no premarcada) se entiende que el interesado ha podido mostrar su negativa al tratamiento.

El Reglamento también se refiere con detalle al procedimiento de revocación del consentimiento. Según el artículo 17 el afectado podrá revocar su

consentimiento a través de un medio sencillo, gratuito y que no implique ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento. En este caso debe entenderse que el término «podrá» no significa que los responsables de los ficheros puedan establecer un procedimiento que no reúna los requisitos de ser sencillo, gratuito y sin implicar ingreso alguno para ellos. Antes al contrario, el Reglamento impone una obligación de observar tales características. El procedimiento en cualquier caso puede ser el que estime el responsable, siempre que se adapte a lo que acabo de exponer, pero se señala que, en particular, se considerará ajustado al reglamento el procedimiento en el que tal negativa pueda efectuarse, entre otros, mediante un envío prefranqueado al responsable del tratamiento o la llamada a un número telefónico gratuito o a los servicios de atención al público que el mismo hubiera establecido, sin que se consideren admisibles los supuestos en que el responsable establezca, como medio para que el interesado pueda manifestar su negativa al tratamiento, el envío de cartas certificadas o envíos semejantes, la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado o cualesquiera otros medios que impliquen un coste adicional al interesado.

En fin, se regulan los efectos de la revocación (art. 17, números 2, 3 y 4). Se establece que el responsable cesará en el tratamiento de los datos en el plazo máximo de diez días a contar desde el de la recepción de la revocación del consentimiento, sin perjuicio de su obligación de bloquear los datos conforme a lo dispuesto en el artículo 16.3 de la LOPD. Cuando el interesado hubiera solicitado del responsable la confirmación del cese en el tratamiento de sus datos, éste deberá responder expresamente a la solicitud (aunque sería una buena práctica intentar responder en todo caso, abstracción hecha de que aquél lo hubiera solicitado o no). Por otra parte, si los datos hubieran sido cedidos previamente, el responsable del tratamiento, una vez revocado el consentimiento, deberá comunicarlo a los cesionarios, en el plazo de diez días, para que éstos cesen en el tratamiento de los datos en caso de que aún lo mantuvieran, conforme al artículo 16.4 de la LOPD. No se establece plazo para que los cesionarios cesen en el tratamiento, aunque parece que deberían hacerlo también en el plazo de diez días desde que hubieran tenido conocimiento de la revocación.

En cuanto al deber de información, el artículo 18 dispone que deberá llevarse a cabo a través de un medio que permita acreditar su cumplimiento, debiendo conservarse mientras persista el tratamiento de los datos del afectado. A tal fin, el responsable del fichero o tratamiento deberá conservar el soporte en el que conste el cumplimiento del deber de informar, si bien será posible utilizar medios informáticos o telemáticos. En particular podrá proceder al escaneado de la documentación en soporte papel, siempre y cuando se garantice

que en dicha automatización no ha mediado alteración alguna de los soportes originales. Es ésta una obligación que se impone a todos los responsables y que alcanza por tanto también a las fundaciones, que deberán adoptar las medidas necesarias para cumplir lo exigido por el Reglamento.

Por último debo destacar que el Reglamento ha considerado la importancia de establecer garantías específicas en relación con el tratamiento de los datos de menores de edad, a lo que dedica el artículo 13. Puede ser frecuente que determinadas fundaciones traten datos de menores de edad (por ejemplo, alumnos de centros de enseñanza o de acogida, menores que reciban asistencia sanitaria o médica...) por lo que conviene recordar que se distingue entre los datos de mayores y menores de catorce años (se fija en catorce años la edad para entender que el menor puede prestar válidamente y por sí su consentimiento, o por el contrario necesita de la autorización de «los padres o tutores»). Se prohíbe en todo caso recabar datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor con la única finalidad de recabar la autorización a que antes me refería.

Por otra parte, se regula cómo debe facilitarse la información dirigida a los menores (deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos, con expresa indicación de lo dispuesto en el art. 13) y establece que corresponde al responsable del fichero o tratamiento articular los procedimientos que garanticen que se ha comprobado la edad del menor y la autenticidad del consentimiento, exigencia ésta que sin duda va a plantear no pocos problemas en la práctica.

4. Principios de calidad y finalidad

Uno de los principios que más deben tener en cuenta las fundaciones al tratar datos personales es el de calidad, en virtud del cual los datos de carácter personal sólo podrán tratarse cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido. Asimismo, deben ser exactos y puestos al día, de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado (art. 4 de la LOPD). Así, por ejemplo, y como consecuencia de una consulta planteada por la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo, la AEPD, en su Informe 161/2003, analizó si era oportuno incluir en la «certificación de ejecución de la acción formativa» los «datos identificativos de los

trabajadores participantes en cada acción formativa concreta (incluyendo su nombre y apellidos y número de identificación fiscal), así como la identificación de la empresa en que presta sus servicios y datos referentes a su domicilio particular y teléfono (sin especificar en este caso si el mismo es el particular o el profesional)», concluyendo que no planteaba problemas incorporar los datos meramente identificativos de los trabajadores y aquellos estrictamente relacionados con el puesto de trabajo, no siendo admisible, sin embargo, la comunicación de datos referidos a la esfera personal de los trabajadores, tales como su domicilio y teléfono particulares, pues se trataría de datos excesivos y no adecuados en relación con la finalidad perseguida. También tiene relación con el principio de calidad aplicado a las fundaciones el Informe de la AEPD 57/2006. En él se analiza la procedencia de exigir en la convocatoria anual de subvenciones para la concesión de ayudas destinadas a asociaciones, fundaciones, entidades e instituciones sin ánimo de lucro, cuyo objeto sea la atención a las víctimas del terrorismo, la aportación, contenida en la convocatoria referida al último ejercicio, de una relación nominal de víctimas, con indicación de si se trata de víctimas directas o familiares y, en este caso, su grado de parentesco con la víctima. Y la Agencia llega a la conclusión de que el principio de proporcionalidad consagrado por el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999 quedaría garantizado en mayor medida en caso de que la acreditación del requisito de representatividad exigida por la convocatoria de la subvención pudiese acreditarse mediante la certificación por la entidad solicitante de las ayudas de la condición de sus miembros, con indicación de los que tienen la condición de víctimas y del grado de parentesco con aquéllas, en caso de familiares, pero sin la inclusión de una relación nominal de los asociados o pertenecientes a la entidad solicitante.

Por otra parte, si los datos recogidos son inexactos o incompletos, deben ser cancelados y sustituidos de oficio por los rectificados o completados. Así lo establece el artículo 4.4 de la LOPD. En desarrollo de dicho precepto, el párrafo segundo del artículo 8.5 del Reglamento establece un plazo de diez días, desde que se tuviese conocimiento de la inexactitud, para la cancelación y sustitución de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados. Asimismo, y en desarrollo esta vez del apartado 5 del citado artículo 4 de la LOPD, el Reglamento dispone que, no obstante la obligación de cancelación cuando los datos hayan dejado de ser necesarios o pertinentes, los mismos podrán conservarse durante el tiempo en que pueda exigirse algún tipo de responsabilidad derivada de una relación u obligación jurídica o de la ejecución de un contrato o de la aplicación de medidas precontractuales solicitadas por el interesado (art. 8.6). Y según el artículo 9.2 del Reglamento, por vía de excepción a lo dispuesto en el citado apartado 6, la Agencia Española

de Protección de Datos o, en su caso, las autoridades de control de las Comunidades Autónomas podrán, previa solicitud del responsable del tratamiento, acordar el mantenimiento íntegro de determinados datos, atendidos sus valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la Ley 12/1989, de la función estadística pública; la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico, y la Ley 13/1986, de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica²³, cuestión ésta de gran interés para no pocas fundaciones docentes o culturales.

5. *Derechos de los interesados: acceso, rectificación, cancelación y oposición*

Tanto la LOPD como el Reglamento regulan con gran detalle el régimen de los derechos de los particulares, es decir, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. De ello se ocupan el Título III de la LOPD (arts. 13 y ss.) y el también Título III del Reglamento, artículos 23 a 36. El Reglamento ha pretendido aclarar el régimen jurídico del ejercicio de tales derechos e incrementar las garantías de los titulares de los datos. Asimismo, se desarrolla en particular el ejercicio del derecho de oposición.

Las fundaciones deben en todo caso establecer procedimientos y protocolos para atender tales derechos, que son nucleares en la configuración de la protección de datos. Cada vez son más los casos en que por parte de muy diversos interesados se ejercitan los reiterados derechos, y los plazos para atenderlos son muy breves.

Los derechos a que me refiero se caracterizan por ser derechos personalísimos. Deben pues ejercerse personalmente o mediante representación, y en este sentido ha de destacarse que el artículo 23.2.c) del Reglamento admite ahora el ejercicio del derecho a través de representante voluntario. Por otra parte se establece (art. 24) que deberá concederse al interesado un medio sencillo y gratuito para el ejercicio de los derechos sin que en ningún caso su ejercicio pueda suponer un ingreso adicional para el responsable del tratamiento ante el que se ejercitan. Además, no se considerarán legales los supuestos en que el responsable del tratamiento establezca como medio para que el interesado pueda ejercitar sus derechos el envío de cartas certificadas o semejantes, la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado o cualesquiera otros medios que impliquen un coste excesivo para el interesado. En esta línea, en caso de que la fundación disponga de servicios de cualquier índole para la atención al público o a los

²³ El procedimiento para tal autorización se regula en la Sección segunda del Capítulo VII del Título IX del Reglamento, artículos 157 y 158.

beneficiarios o el ejercicio de reclamaciones relacionadas con el servicio prestado o los productos ofertados al mismo, podrá concederse la posibilidad al afectado de ejercer sus derechos a través de dichos servicios. En tal caso, la identidad del interesado se considerará acreditada por los medios establecidos para la identificación de los clientes o beneficiarios de la fundación en la prestación de sus servicios o contratación de sus productos.

Como digo, las fundaciones, como responsables de ficheros y/o tratamientos, deben atender los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. En cuanto al derecho de acceso, la fundación debe resolver sobre la licitud del acceso en el plazo máximo de un mes a contar de la recepción de la solicitud, plazo en el que deberá comunicar al afectado, en su caso, que no dispone de datos personales referidos al mismo. Si la solicitud fuera estimada y el responsable no acompañase a su comunicación la información requerida, deberá hacer efectivo el acceso durante los diez días siguientes a dicha comunicación (art. 29 del Reglamento). Los derechos de rectificación, cancelación y oposición deben hacerse efectivos en el plazo de diez días desde la recepción de la solicitud (arts. 32.2 y 35.2 del Reglamento). Si no se atienden los derechos en tales plazos el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la LOPD.

Lo anterior es especialmente importante, pues en muchas ocasiones las fundaciones, al carecer de normas organizativas o protocolos adecuados, son incapaces de atender los derechos en plazo. Es imprescindible definir las vías internas de atención de los derechos y concretar quién ha de llevar a cabo tal función. En casos de fundaciones con un volumen de actividad importante y con una estructura más o menos compleja, no serían extraños los casos en que un interesado ejercita su derecho de acceso ante la fundación pero no ante el órgano responsable y el receptor de la solicitud es incapaz de atenderla o desconoce quién debe hacerlo. Por ello es necesario, por un lado, concretar en las cláusulas informativas que se utilicen al recabar datos ante quién pueden ejercitarse los derechos por los interesados (como por lo demás exige el art. 5 de la LOPD), y, por otro, hacer llegar al personal de las fundaciones las reglas a que deben atenerse en caso de que se ejerciten tales derechos. En este sentido, sería muy conveniente que las fundaciones de cierta entidad designasen un Encargado de Protección de Datos que pudiese definir la política de privacidad y garantizase de este modo un mejor cumplimiento de la normativa aplicable.

6. *Tratamiento de datos por cuenta de terceros: el encargado del tratamiento*

En numerosas ocasiones las fundaciones contratan prestaciones de servicios o son contratadas para ello, implicando tal relación contractual el tratamiento de datos de carácter personal. Esta situación nos reconduce a la relación entre responsable del fichero o tratamiento y encargado del tratamiento.

Al prestar un servicio a una fundación que implique el tratamiento de datos por parte del prestador del mismo, deberá producirse una cesión de datos de aquélla a éste. Lo mismo cabe decir, pero en sentido inverso, cuando sea la fundación la prestadora del servicio. En tales casos, en principio, sería necesaria habilitación para dicha comunicación, pero la LOPD, en su artículo 12 (que regula el acceso a los datos por cuenta de terceros), dispone el modo en que tal cesión puede hacerse sin necesidad de contar con el consentimiento del afectado. El apartado 1.º del citado artículo establece que «no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento». Es decir, se establece una suerte de ficción jurídica de modo que, pese a que materialmente sí ha de producirse una cesión de datos entre contratante y contratista (entre responsable y encargado), lo cierto es que *ex lege* se considera que la misma no existe. Pero para ello es imprescindible que la realización de tratamientos por cuenta de terceros esté regulada en un contrato que respete los requisitos de forma y contenido que exige el artículo 12.2 de la LOPD.

Los artículos 20 a 22 del Reglamento regulan la figura del encargado del tratamiento y vienen a desarrollar principalmente lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD, que a su vez trae causa del artículo 17 de la Directiva 95/46/CE.

En tales preceptos se clarifica la relación entre responsable y encargado y se regula la subcontratación de servicios. Éste es un tema de especial interés, pues en numerosas ocasiones se contrata la prestación de servicios con un encargado del tratamiento, y éste a su vez subcontrata con un tercero la prestación de servicios que implica también tratamiento de datos personales.

Entre otras, las novedades más importantes en esta materia, que sin duda son de especial interés para las fundaciones, son:

Se admite que el encargado comunique los datos a un tercero, designado por el responsable, al que éste hubiera encomendado la prestación de un servicio (art. 20.3, párrafo segundo).

Se regula con detalle la posibilidad de subcontratación, y en consecuencia la posibilidad de que existan uno o varios «subencargados». Esta posibilidad, ya ad-

mitida por la propia AEPD ²⁴, se había incluido ya en la disposición adicional trigésima primera de la Ley 30/2007, de contratos del sector público —expresamente aplicable a las fundaciones del sector público, según su art. 3.1.f)—, y se ha recogido de forma expresa en el artículo 21 del Reglamento, que distingue entre aquellos supuestos en que la subcontratación se lleva a cabo, a) mediante autorización del responsable y por su cuenta, o b) sin necesidad de autorización siempre y cuando se reúnan los requisitos que exige el artículo 21.2.

Se regula la conservación de datos por el encargado del tratamiento (art. 22), disponiendo que «una vez cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento o al encargado que éste hubiese designado, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento». Sin embargo, «no procederá la destrucción de los datos cuando exista una previsión legal que exija su conservación, en cuyo caso deberá procederse a la devolución de los mismos garantizando el responsable del fichero dicha conservación». En fin, «el encargado del tratamiento conservará, debidamente bloqueados, los datos en tanto pudieran derivarse responsabilidades de su relación con el responsable del tratamiento».

7. *Medidas de seguridad*

De gran importancia práctica para las fundaciones es la regulación de las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal. El principio de seguridad es uno de los que configuran el contenido esencial del derecho a la protección de datos. Dado que quien trata datos personales lo hace de datos ajenos respecto de los que el titular goza de un verdadero (aunque no siempre todo lo efectivo que debería) poder de disposición, es imprescindible que tanto los responsables como los encargados adopten las oportunas medidas de seguridad al objeto de garantizar «la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que estén expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural» (art. 9 de la LOPD) ²⁵.

²⁴ A partir del Plan de Inspección de Oficio a las empresas participantes en la elaboración de los Censos de Población y Viviendas del año 2001, de fecha 17 de julio de 2003.

²⁵ El artículo 17.1 de la Directiva 95/46 señala que «Los Estados miembros establecerán la obligación del responsable del tratamiento de aplicar las medidas técnicas y de organización adecuadas, para la protección de los datos personales contra la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida accidental y contra la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito de datos personales.

Hasta ahora las medidas de seguridad se regulaban en el Reglamento aprobado por Real Decreto 994/1999, que ha sido derogado expresamente por el Real Decreto 1720/2007. Y lo hacía en referencia sólo a los ficheros y tratamientos automatizados, dado que era desarrollo de la LORTAD. Pues bien, una de las más importantes novedades que el vigente Reglamento incluye es la regulación de las medidas de seguridad que han de implantarse, también, en los ficheros y tratamientos no automatizados. Es decir, las fundaciones han de aplicar las medidas de seguridad que el Reglamento exige, tanto respecto de los ficheros automatizados como de los no automatizados o en soporte papel²⁶. Medidas que, en ambos casos, son de nivel alto, medio o bajo, en función de la naturaleza de los datos que sean sometidos a tratamiento²⁷.

La aplicación de los niveles de seguridad que deben tener en cuenta las fundaciones es la siguiente (art. 81):

El nivel básico será adoptado por todos los ficheros o tratamientos que contengan datos de carácter personal (art. 81.1). Los siguientes niveles se aplicarán de modo acumulativo.

El nivel medio se aplica entre otros a los ficheros o tratamientos (art. 81.2) que contengan datos relativos a la comisión de infracciones administrativas o penales y los que contengan datos de personalidad que permitan evaluar la personalidad o comportamiento de los ciudadanos²⁸.

El nivel alto se aplica a los ficheros o tratamientos (art. 81.3) que contengan datos de ideología, religión, creencias, origen racial, salud o vida sexual o que contengan datos derivados de actos de violencia de género²⁹.

Dichas medidas deberán garantizar, habida cuenta de los conocimientos técnicos existentes y del coste de su aplicación, un nivel de seguridad apropiado en relación con los riesgos que presente el tratamiento y con la naturaleza de los datos que deban protegerse».

²⁶ El artículo 79 del Reglamento señala que los responsables y los encargados deberán implantar las correspondientes medidas de seguridad «con independencia de cuál sea el sistema de tratamiento».

²⁷ El Reglamento ha previsto un régimen transitorio para los ficheros preexistentes en cuanto a la aplicación de las medidas de seguridad. Sin embargo, los ficheros, ya sean automatizados o no, que sean creados con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (abril de 2008) tendrán que cumplir las medidas exigidas en el mismo.

²⁸ También a los que se rijan por el artículo 29 de la LOPD (prestación de servicios de solvencia patrimonial y crédito); de los que sean responsables Administraciones Tributarias en relación con sus competencias; de los que sean responsables las entidades financieras para la prestación de servicios financieros; y de los que sean responsables las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social en relación con sus competencias, así como los de las mutuas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

²⁹ Así como a los que contengan o se refieran a datos recabados para fines policiales sin consentimiento de las personas afectadas.

Por otra parte, y aunque no afecte en principio y de modo directo a las fundaciones, debo señalar que el Reglamento incorpora una suerte de nivel medio «reforzado» (art. 81.4) que se aplica a los ficheros de los que sean responsables los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas respecto a los datos de tráfico y a los datos de localización. En este caso se aplicará, además de las medidas de seguridad de nivel básico y medio, el registro de accesos.

Sin embargo, y no obstante haber definido de este modo las medidas de seguridad exigidas, el Reglamento incorpora una importantísima novedad que en ciertos casos facilita de forma evidente a las fundaciones el tratamiento de datos. Me refiero a las excepciones que se recogen en los números 5 y 6 del artículo 81. Excepciones que vienen a dar respuesta a una de las cuestiones más ampliamente debatidas tras la aprobación del Real Decreto 994/1999, cual era la de definir las medidas de seguridad que debían aplicarse en los casos en que en los ficheros se incluyesen datos especialmente protegidos pero cuyo tratamiento tuviese relación con la gestión de pagos o con el cumplimiento de deberes públicos. Como es sabido, el principio de que un dato especialmente protegido «contaminaba» a todo el fichero traía como consecuencia que en tales casos debían adoptarse necesariamente las medidas de seguridad de nivel alto. Pues bien, a partir de ahora la situación va a cambiar notablemente. Según el Reglamento son suficientes las medidas de nivel básico en los siguientes casos:

— Ficheros o tratamientos de datos especialmente protegidos, cuando:

Los datos se utilicen con la única finalidad de realizar una transferencia dineraria a las entidades de las que los afectados sean asociados o miembros.

Se trate de ficheros o tratamientos no automatizados en los que de forma incidental o accesorio se contengan aquellos datos sin guardar relación con su finalidad (téngase en cuenta que esta excepción sólo opera en relación con los ficheros o tratamientos no automatizados).

— Ficheros o tratamientos de datos de salud referentes exclusivamente al grado de discapacidad o la simple declaración de la condición de discapacidad o invalidez, con motivo del cumplimiento de deberes públicos.

Por otra parte, el Reglamento regula las obligaciones de los encargados del tratamiento (art. 82), el régimen de las prestaciones de servicios sin acceso a datos de terceros (art. 83), la delegación de autorizaciones (art. 84), el acceso a datos a través de redes de comunicaciones (art. 85), el régimen de trabajo fuera de los locales del responsable del fichero o encargado del tratamiento

(art. 86) y la exigencia de aplicar medidas de seguridad a los ficheros temporales o copias de trabajo de documentos (art. 87).

A continuación se especifican las concretas medidas de seguridad que han de implantarse (arts. 88 y ss.). El documento de seguridad adquiere una especial relevancia y se regula con gran detalle en el artículo 88, siendo obligatorio tanto en los ficheros automatizados como no automatizados: todas las fundaciones deben elaborar el correspondiente documento de seguridad ³⁰. Por otra parte, se definen las medidas aplicables en caso de ficheros automatizados:

— De nivel básico ³¹: documento de seguridad, obligaciones del personal, registro de incidencias, control de accesos, gestión de soportes y documentos, identificación y autenticación de usuarios y copias de respaldo y seguridad con una periodicidad mínima semanal.

— Medio ³²: Designación de uno o varios responsables de seguridad, sometimiento a auditoría interna o externa cada dos años, gestión de soportes y documentos, sistemas de identificación y autenticación, estableciendo mecanismos que limiten la posibilidad de intentar reiteradamente el acceso no autorizado al sistema de información, control de acceso físico y registro de incidencias.

— Y alto ³³: Medidas relacionadas con la gestión y distribución de soportes, obligación de conservar las copias de seguridad en lugar diferente de aquel en que se encuentren los equipos informáticos, registro de accesos y necesidad de cifrar los datos cuando sean transmitidos a través de redes inalámbricas de comunicaciones electrónicas.

Así como las medidas en ficheros no automatizados (de los tres niveles, asimismo) ³⁴: Entre las medidas de nivel básico se exige disponer de mecanismos que obstaculicen la apertura de los dispositivos de almacenamiento y custodiar los soportes en tanto la documentación no sea archivada. Las medidas de seguridad de nivel medio exigen designar uno o varios responsables de seguridad y someter los ficheros a auditoría externa o interna al menos cada dos años. Son medidas de seguridad de nivel alto la obligación de almacenar la información

³⁰ Un modelo de Documento de Seguridad y una guía práctica de seguridad puede consultarse en la página web de la Agencia Española de Protección de Datos: www.agpd.es. También, especialmente dirigido a responsables públicos, puede encontrarse un modelo de documento de seguridad en la página de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, <http://www.madrid.org/cs/Satellite?pagename=APDCM/Page/homeAPDCM>.

³¹ Artículos 89 a 94.

³² Artículos 95 a 100.

³³ Artículos 101 a 104.

³⁴ Artículos 105 a 114.

en áreas de acceso protegido, la generación de copias, limitar el acceso a la información sólo a personal autorizado y adoptar medidas en el traslado de documentación que impida el acceso a la misma o su manipulación.

El Informe Jurídico 0376/2008 de la AEPD se refiere a la aplicación de las medidas de seguridad por las Universidades. Sin embargo, haré referencia al mismo dado su interés y que se ocupa de temas que pueden afectar también a no pocas fundaciones. Dicho Informe da respuesta a una consulta referida a determinadas cuestiones relacionadas con el nivel de seguridad exigible a los ficheros de alumnos de una Universidad, teniendo en cuenta que para el otorgamiento de becas o exenciones del pago de las tasas académicas se tienen en consideración, de conformidad con lo establecido en la redacción dada al artículo 45 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, datos tales como los referidos al grado de minusvalía de los alumnos o su condición de víctima de violencia de género.

A este respecto cabe distinguir entre los datos referentes al grado de minusvalía y los relativos a la violencia de género. En relación con los primeros, puede entrar en juego la excepción que antes apuntaba recogida en el artículo 81.6 del Reglamento. En consecuencia, «los ficheros que se refieran a la condición de discapacitado del afectado, cuando dicha condición se haga constar para el cumplimiento de un deber legal, como sucedería en el caso analizado, se encontrarían sometidos a las medidas de seguridad de nivel básico, sin que fueran exigibles las de nivel alto».

Sin embargo, la inclusión de datos relativos a violencia de género impediría la aplicación de la excepción. La Agencia resalta que «aún cuando pudieran implantarse sobre el fichero las medidas de seguridad de nivel básico, por aplicación del artículo 81.6 del Reglamento, sería preciso que las medidas fueran las de nivel alto en caso de que se contuvieran en el mismo datos vinculados a la violencia de género». Ante tal situación la Agencia plantea las siguientes alternativas:

«... una posible solución a la cuestión planteada podría suponer la no inclusión en el citado fichero de alumnos matriculados de la causa de la beca o exención acordada en relación con el alumno, limitándose a indicar su condición de becado o exento. En este caso, el fichero podría sujetarse a las medidas de nivel básico, al no incluirse dato alguno relacionado con la existencia de actos de violencia de género.

Por otra parte los datos de esa naturaleza podrían incluirse en el fichero en que se tramitasen los expedientes para la obtención de las becas o exenciones, evitándose la necesidad de extender las medidas de seguridad de nivel alto al fichero que incorpore los datos de la totalidad del alumnado.

En todo caso, y en relación con las propuestas contenidas en la consulta, debe indicarse en primer lugar que la notificación del fichero deberá incorporar el nivel de seguridad exigible al fichero, sin que sea posible declarar un nivel distinto al que vaya a implantarse o establecer en el documento de seguridad excepciones a la aplicación de las medidas del nivel que corresponda que no sean otras que las expresamente indicadas en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

Al propio tiempo, procederá notificar al Registro el nivel que haya de implantarse, no siendo preciso indicar que las medidas serán las de nivel alto en caso de que opere la excepción prevista en el artículo 81/6 del Reglamento.

Por último, en cuanto a la posible existencia de ficheros “mixtos”, automatizados y no automatizados, respecto de los cuales sean exigibles las medidas de nivel alto, por ejemplo, exclusivamente en la parte no automatizada del fichero, debe recordarse que el Reglamento dispone en su artículo 81.8 que “cuando en un sistema de información existan ficheros o tratamientos que en función de su finalidad o uso concreto, o de la naturaleza de los datos que contengan, requieran la aplicación de un nivel de medidas de seguridad diferente al del sistema principal, podrán segregarse de este último, siendo de aplicación en cada caso el nivel de medidas de seguridad correspondiente y siempre que puedan delimitarse los datos afectados y los usuarios con acceso a los mismos, y que esto se haga constar en el documento de seguridad”.

Dicha norma puede ser interpretada analógicamente a supuestos como el que acaba de describirse, de modo que siempre que sea posible delimitar las medidas exigibles la parte no automatizada del fichero podría “segregarse” de la parte automatizada, implantando las medidas de seguridad únicamente respecto de aquélla.

En todo caso, debería considerarse que el fichero “mixto” o referido a un sistema de tratamiento parcialmente automatizado se encontrará sometido a las medidas de seguridad de nivel alto, sin perjuicio de que se implanten sobre la parte “no segregada” las medidas de nivel básico».

Sin embargo, el Informe 88/2008, referido al nivel de seguridad que debería implantarse en los ficheros de los que es responsable una determinada Hermandad católica, teniendo en cuenta que es requisito imprescindible para pertenecer a la misma el hallarse bautizado y que los datos del censo de cofrades son empleados para diversos fines no exclusivamente vinculados al pago de las cuotas que los mismos han de sufragar, concluye que deberán implantarse las medidas de seguridad de nivel alto, no siendo aplicable a la misma la excepción prevista en el artículo 81.5.a) del Reglamento de desarrollo de la LOPD.

V. Los Códigos tipo en materia de protección de datos

La LOPD se refiere a los Códigos tipo en su artículo 32. Tales Códigos son expresión de las iniciativas de autorregulación que el legislador quiso potenciar en el ámbito de la protección de datos personales. Es éste un mecanismo que apenas ha sido utilizado por las fundaciones. De hecho, en lo que yo conozco, no existe ningún Código tipo del sector fundacional inscrito en el Registro de la Agencia Española de Protección de Datos. No obstante, se trata de un instrumento que puede resultar enormemente útil para las fundaciones.

Según el citado artículo 32.1 mediante acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa, los responsables de tratamientos de titularidad pública y privada, así como las organizaciones en que se agrupan, podrán formular Códigos tipo que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposiciones de la LOPD y sus normas de desarrollo. Tienen el carácter de códigos deontológicos o de buenas prácticas y deben ser inscritos en el Registro de la AEPD o de las agencias autonómicas correspondientes (art. 32.3).

El Reglamento se ocupa con detalle del régimen de los Código tipo, disciplinando con especial acierto una figura que tan importante es en el fortalecimiento de la cultura de la protección de datos. Según la Exposición de Motivos del Reglamento, el Código tipo es un instrumento «llamado a jugar cada vez un papel más relevante como elemento dinamizador del derecho fundamental a la protección de datos». En los artículos 71 a 78 regula su objeto y naturaleza, iniciativa y ámbito de aplicación, contenido, compromisos adicionales, garantías de cumplimiento, relación de adheridos, depósito y publicidad de los Códigos y obligaciones posteriores a la inscripción. Por otra parte, los artículos 145 a 152 regulan el procedimiento de inscripción de Códigos tipo y la disposición transitoria primera del Real Decreto 1720/2007 concede un plazo de un año desde su entrada en vigor para notificar a la AEPD las modificaciones que resulten necesarias en los mismos al objeto de adaptarlos al Reglamento.

VI. El régimen sancionador

Una de las características más significativas del derecho a la protección de datos es el régimen de tutela que la ley establece y que pivota en torno a la existencia de autoridades independientes de control y al ejercicio de una intensa potestad sancionadora.

La existencia de una autoridad independiente de control está prevista en la LOPD, pero asimismo en la Directiva 95/46/CE y en el artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Humanos. Es, pues, una exigencia no sólo de nuestro derecho sino del derecho europeo. El Tribunal Constitucional ha analizado con detalle, en su Sentencia 290/2000, la posición que ocupa la Agencia de Protección de Datos. Que esta autoridad de control disponga de potestad sancionadora es asimismo una exigencia para la garantía del derecho. Recientemente se ha modificado la ley francesa de protección de datos para atribuir mayores competencias sancionadoras a la Comisión Nacional de Informática y Libertades y en el mes de julio de 2009 se ha modificado asimismo la ley federal alemana de protección de datos para hacer lo propio con la autoridad de protección de datos federal.

El régimen de infracciones y sanciones está regulado en el Título VII de la LOPD (y en las leyes autonómicas en los términos que luego veremos). Las infracciones pueden ser leves, graves y muy graves, a las que corresponden sanciones que van de 600 a 600.000 euros. Pero en relación con las fundaciones se plantea un tema especialmente interesante: me refiero al diferente régimen que ha de aplicarse a las fundaciones privadas y a las fundaciones públicas. Las primeras pueden ser objeto de sanción económica, pero no así las segundas, pues al ser consideradas administración pública a efectos de la LOPD, las infracciones que en su caso cometan sólo dan lugar a una declaración de infracción, debiendo establecerse en la resolución que ponga fin al procedimiento las medidas que proceda adoptar para que cesen o se corrijan los efectos de la infracción (art. 46.1 de la LOPD).

Dicho lo anterior, procede tan sólo señalar ahora que el último Título del Reglamento, regula con detalle los procedimientos tramitados por la Agencia: tutela de derechos ³⁵, procedimiento sancionador ³⁶, inscripción o cancelación de ficheros ³⁷, transferencias internacionales ³⁸, inscripción de Códigos tipo ³⁹ y otros más puntuales: procedimiento de exención del deber de información al interesado ⁴⁰ y procedimiento para la autorización de conservación de datos para fines históricos, estadísticos o científicos ⁴¹. El Reglamento sólo regula los procedimientos tramitados por la Agencia Española dado que las normas reguladoras de los procedimientos de las Agencias

³⁵ Artículos 117 a 119.

³⁶ Artículos 120 a 129.

³⁷ Artículos 130 a 135.

³⁸ Artículos 137 a 140.

³⁹ Artículos 145 a 152.

⁴⁰ Artículos 153 a 156.

⁴¹ Artículos 157 y 158.

de las Comunidades Autónomas se regulan en la correspondiente normativa autonómica.

Con carácter previo, el nuevo Reglamento reitera la obligación (no es una simple posibilidad) de que la Agencia haga públicas sus resoluciones ⁴². En relación con ello entiendo que debe considerarse en vigor la Instrucción 1/2004 de la propia Agencia, pues la misma contiene previsiones relacionadas con la publicación de las resoluciones que no se han incorporado al Reglamento y que puede entenderse que lo desarrollan. Instrucción que, por cierto, parece que podría ser sustituida por una simple resolución del Director de la Agencia, a tenor de lo dispuesto por el artículo 116.4 ⁴³.

De entre los procedimientos tramitados por la Agencia el que con más detalle se regula es obviamente el procedimiento sancionador. Llama la atención el enunciado del Capítulo III del Título IX del Reglamento: «Procedimientos relativos al ejercicio de la potestad sancionadora». El uso del plural parecería dar a entender que son varios los procedimientos sancionadores, pero tal conclusión sería errónea. En efecto, los procedimientos a que el Reglamento se refiere, son dos: el procedimiento sancionador propiamente dicho y el procedimiento de declaración de infracción de la LOPD por las Administraciones Públicas. Pero lo cierto es que el segundo no es propiamente un procedimiento sancionador, por lo que quizá debería hablarse, mejor, de procedimientos relativos al ejercicio de la potestad sancionadora y de la potestad de garantía y supervisión que corresponden a la Agencia ⁴⁴. Por otra parte, el Reglamento unifica el régimen de los procedimientos sancionadores que tramite la Agencia tanto en ejercicio de la potestad sancionadora que le atribuye la LOPD como de la que le corresponde de acuerdo a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

⁴² Con excepción de las correspondientes a la inscripción de un fichero o tratamiento en el Registro General de Protección de Datos y de aquéllas por las que se resuelva la inscripción en el mismo de los Códigos tipo, siempre que se refieran a procedimientos que se hubieran iniciado con posterioridad al 1 de enero de 2004, o correspondan al archivo de actuaciones inspectoras incoadas a partir de dicha fecha: artículo 116.1 del Reglamento.

⁴³ «La publicación se realizará aplicando los criterios de disociación de los datos de carácter personal que a tal efecto se establezcan mediante Resolución del Director de la Agencia».

⁴⁴ En cualquier caso, el procedimiento de declaración de infracción se rige en su totalidad por las mismas reglas que el procedimiento sancionador: artículo 129 del Reglamento.

VII. Las competencias de las Comunidades Autónomas en relación con los ficheros de las fundaciones

Como sabemos, Madrid, Cataluña y País Vasco cuentan con leyes en materia de protección de datos. La diferencia sustancial entre las Agencias autonómicas y la Agencia española es que ésta ejerce sus funciones sobre todos los ficheros de titularidad privada y sobre los de las entidades públicas del Estado, así como sobre las de las Comunidades Autónomas y Entes locales que radiquen en Comunidades que no hayan aprobado la correspondiente ley. Aquéllas, sin embargo, ejercen sus competencias «cuando afecten a ficheros creados o gestionados por las Comunidades Autónomas y por la Administración local de su ámbito territorial» (art. 41.1 de la LOPD).

La Ley madrileña es la más respetuosa con la LOPD. Su artículo 2 establece que la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid ejerce sus funciones sobre los ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados por las instituciones de la Comunidad de Madrid, y por los Órganos, Organismos, Entidades de Derecho Público y demás entes públicos integrantes de su Administración Pública, exceptuándose las sociedades mercantiles, así como sobre los ficheros de los Entes que integran la Administración Local del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley Orgánica 15/1999, así como sobre los ficheros creados o gestionados por las Universidades Públicas y por las Corporaciones de derecho público representativas de intereses económicos y profesionales de la Comunidad de Madrid, en este último caso siempre y cuando dichos ficheros sean creados o gestionados para el ejercicio de potestades de derecho público.

Por otra parte, debe señalarse que el artículo 12 de la Ley madrileña dispone que los responsables de ficheros y los encargados de tratamiento estarán sujetos al régimen de infracciones previsto en el Título VII de la LOPD, «excepto en lo que se refiere al procedimiento y al régimen de sanciones aplicable, que será el previsto en la legislación de régimen disciplinario de las Administraciones Públicas». La Agencia madrileña, por tanto, no puede imponer sanciones económicas.

La Ley catalana es mucho más ambiciosa. El artículo 3 atribuye a la Agencia Catalana de Protección de Datos competencias sobre los tratamientos de datos personales llevados a cabo por la Administración de la Generalidad, por los entes que integran la Administración Local y por las Universidades en el ámbito territorial de Cataluña, por los organismos y las entidades autónomas que dependen de la Administración de la Generalidad o de los entes locales y

por los consorcios de los cuales forman parte, de conformidad con lo que establecen la LOPD y las disposiciones que la desarrollen. También ejerce sus competencias con relación a los ficheros creados por las administraciones, los organismos y las entidades a que me he referido cuando sean gestionados por entidades públicas o privadas en la prestación de servicios públicos, sean o no concesionarias de éstos, o por asociaciones o fundaciones, o por las sociedades civiles o mercantiles en las cuales los entes locales tengan la participación mayoritaria del capital, cuando llevan a cabo actividades por cuenta de una administración pública.

Por su parte, el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 dispone en su artículo 156 que corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de protección de datos de carácter personal que, respetando las garantías de los derechos fundamentales en esta materia, incluye en todo caso:

a) La inscripción y el control de los ficheros o los tratamientos de datos de carácter personal creados o gestionados por las instituciones públicas de Cataluña, la Administración de la Generalitat, las administraciones locales de Cataluña, las entidades autónomas y las demás entidades de derecho público o privado que dependen de las administraciones autonómica o locales o que prestan servicios o realizan actividades por cuenta propia a través de cualquier forma de gestión directa o indirecta, y las universidades que integran el sistema universitario catalán.

b) La inscripción y el control de los ficheros o los tratamientos de datos de carácter personal privados creados o gestionados por personas físicas o jurídicas para el ejercicio de las funciones públicas con relación a materias que son competencia de la Generalitat o de los entes locales de Cataluña si el tratamiento se efectúa en Cataluña.

c) La inscripción y el control de los ficheros y los tratamientos de datos que creen o gestionen las corporaciones de derecho público que ejerzan sus funciones exclusivamente en el ámbito territorial de Cataluña.

d) La constitución de una autoridad independiente, designada por el Parlamento, que vele por la garantía del derecho a la protección de datos personales en el ámbito de las competencias de la Generalitat».

De la lectura del precepto, y sin poder entrar ahora en mayores detalles, podemos deducir algunas conclusiones iniciales: Ante todo, que el Estatuto amplía considerablemente las competencias de la Generalidad en la materia. Especial mención merece el apartado b) que parecería haber roto el esquema general de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en virtud del cual al primero le corresponde la competencia exclusiva en relación con los ficheros privados. Al disponer ahora el Estatuto que corresponde a la Generalidad la competencia ejecutiva en relación con «*La inscripción y el control de los ficheros o los tratamientos de datos de carácter personal pri-*

vados creados o gestionados por personas físicas o jurídicas para el ejercicio de las funciones públicas con relación a materias que son competencia de la Generalitat o de los entes locales de Cataluña si el tratamiento se efectúa en Cataluña» parece, como digo, que el esquema se ha roto. Pero debe tenerse muy en cuenta que sigue existiendo una directa relación de tales ficheros privados con el ejercicio de funciones públicas competencia de la Generalidad o de los entes locales de Cataluña. En este estricto ámbito debe entenderse la competencia ahora asumida. En cuanto al régimen sancionador, el artículo 16 de la repetida Ley 5/2002 señala que los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos están sujetos al régimen sancionador que establece el Título VII de la LOPD. No hay matización alguna (semejante, por ejemplo, a la que incorpora la Ley madrileña, a la que antes me referí), por lo que debe concluirse que en relación con los responsables de ficheros de titularidad privada sobre los que tenga competencia la Agencia catalana, será posible la imposición de sanciones económicas en los términos del artículo 45 de la LOPD.

En fin, la Ley vasca 2/2004, de 25 de febrero, dispone en su artículo 2.1 que la misma será aplicable «a los ficheros de datos de carácter personal creados o gestionados, para el ejercicio de potestades de derecho público» por «la Administración General de la Comunidad Autónoma, los órganos forales de los territorios históricos y las administraciones locales del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como los entes públicos de cualquier tipo, dependientes o vinculados a las respectivas administraciones públicas, en tanto que los mismos hayan sido creados para el ejercicio de potestades de derecho público. Asimismo tiene competencias sobre los ficheros de otras entidades públicas y, en general, sobre los ficheros creados o gestionados por cualesquiera otros organismos o instituciones, con o sin personalidad jurídica, creados por ley del Parlamento Vasco, salvo que ésta disponga lo contrario». Por su parte, el artículo 23 establece que las infracciones serán sancionadas con multas económicas en función de la naturaleza de aquéllas (leves, graves o muy graves). Tal previsión no puede entenderse en el sentido de que las Administraciones Públicas pueden ser sancionadas con multas económicas. El artículo 24 deja claro que en caso de infracción cometida en relación con los ficheros a que se refiere el artículo 2.1 será de aplicación el régimen previsto por aquél, que no ha tomado en consideración la posibilidad de imponer sanciones económicas. Debe entenderse que las multas económicas han sido estipuladas para el caso de que la Agencia Vasca pueda iniciar expediente sancionador contra un encargado del tratamiento que, siendo privado, actúe por cuenta del responsable público.

De lo hasta ahora dicho se desprende lo siguiente en relación con las fundaciones: Madrid y País Vasco sólo tienen competencias en relación con las

fundaciones públicas, mientras que Cataluña también la tiene sobre las privadas. La Comunidad de Madrid no puede imponer sanciones económicas en ningún caso; Cataluña puede hacerlo en relación con los responsables y encargados privados; el País Vasco puede imponerlas a encargados privados que actúen por cuenta de un responsable público (lo que podría afectar a las fundaciones que actuasen como encargadas del tratamiento de una entidad pública sometida a la Ley vasca).

Las anteriores consideraciones pueden tener especial importancia en relación con las fundaciones públicas y con las fundaciones privadas de iniciativa pública. Las primeras forman parte del sector público de las Comunidades Autónomas y en consecuencia están sujetas a su legislación propia (sin perjuicio, por supuesto, de la aplicación de la LOPD en lo que les sea de aplicación) y al control de las Agencias Autonómicas. Las segundas, en cuanto personas jurídico-privadas que no pueden ejercer potestades estarían sujetas al control de la Agencia Española, salvo que actuasen por cuenta de una entidad de derecho público, en cuyo caso estarían bajo el control de las Agencias Autonómicas. Pero este esquema, que es el que sin duda se desprende de la LOPD y de las leyes autonómicas (con la salvedad de Cataluña, en los términos que antes veíamos) no es el que por ahora mantiene la Audiencia Nacional. En su Sentencia de 23 de julio de 2008, recurso contencioso-administrativo 378/07, ha declarado que los ficheros de la Fundación Hospital Alcorcón son de naturaleza pública. Y ello por considerar que, pese a que la Fundación tenga personalidad jurídico-privada y no ejerza potestades públicas, forma parte del sector público de la Comunidad de Madrid y, en consecuencia, sus ficheros están sujetos al control y tutela de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid. En mi opinión se trata de una conclusión más que discutible cuando no claramente equivocada, que confunde entre fundaciones públicas sanitarias (personas jurídico-públicas sometidas al derecho administrativo cuyos ficheros, por tanto, son de naturaleza pública) y fundaciones sanitarias de naturaleza privada. No es el caso reabrir ahora de nuevo el debate, pero no creo que existan dudas acerca de la naturaleza privada de la Fundación Hospital Alcorcón y de las fundaciones privadas de iniciativa pública. Ello sin perjuicio, desde luego, de la regulación que a nivel del Estado (Ley 50/2002, de fundaciones; ley general presupuestaria, etc.) y de algunas Comunidades Autónomas (en particular, la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid) se establece para regular ciertas especialidades de régimen en cuanto a su creación, gestión, control o responsabilidad. Especialidades de régimen que se fundamentan precisamente en la necesidad de diseñar un marco de garantías y tutelas que impidan a las fundaciones privadas de iniciativa pública escapar sin más de las rigideces del derecho público. Cautelas

que no serían necesarias si estuviese claro que tales fundaciones forman parte de la Administración institucional ⁴⁵.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 18 de marzo de 2009 es, en mi opinión, mucho más clara y acertada, si bien no se refiere a la naturaleza de los ficheros de las fundaciones privadas de iniciativa pública. El Tribunal afirma:

«En lo que atañe al caso que examinamos, y a los efectos de deslindar lo que es una Fundación Pública sanitaria, naturaleza que la parte actora reivindica para el Hospital Fundación de Calahorra, los Estatutos de la Fundación Hospital de Calahorra contienen una serie de normas, que ponen de manifiesto que no nos hallamos ante una organismo público integrante de la administración institucional; así el artículo 3: el régimen normativo de la fundación se regirá por sus Estatutos, el RD 29/2000, y en todo caso, por la Ley 30/94 de Fundaciones, por el RD 316/1996 y por las restantes disposiciones legales de derecho administrativo, civil, mercantil o laboral. La norma base de la actuación de la Fundación son su Estatutos, cuyo contenido queda aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de abril de 2000 y remite al artículo 39 del RD 29/2000, que a su vez remite a la Ley 30/94 de Fundaciones. El Artículo 39 de los Estatutos, prevé la posibilidad de que el Patronato pueda por mayoría absoluta, modificar los Estatutos previa autorización del Protectorado, siempre que la modificación no afecte a aspectos esenciales de su contenido en cuyo caso se requerirá la autorización expresa del Consejo de Ministros. A estos efectos, se entienden aspectos esenciales del contenido de los presentes Estatutos las finalidades fundacionales, los relativos al servicio público que presta, a los derechos y garantías de los ciudadanos, al patrimonio de la Fundación y a su régimen económico y de control. Fuera de estos aspectos esenciales, el sometimiento a la Ley 30/94 de Fundaciones, permite un ámbito de actuación en la gestión de la Fundación que le aleja de la concepción de administración pública institucional, a la que se refiere el artículo 1 de la Ley 70/78. Recapitulando, la Fundación Hospital de Calahorra a los efectos previstos en la Ley 70/1978 de reconocimiento de servicios previos prestados en la Administración Pública es una fundación de las reguladas en la Ley 30/1994, sometida al régimen jurídico privado y no una Fundación pública sanitaria, y por ello no pueden computarse los servicios prestados en la misma a los efectos previstos en la Ley 70/1978».

⁴⁵ Sobre tal debate *vid.*, entre otros, VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Pons, Madrid, 1999; PIÑAR MAÑAS y REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Pons, Madrid, 2000, especialmente pp. 203 y ss.; PIÑAR MAÑAS, «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1, 2000, pp. 73 y ss.

Creo que la cuestión queda meridianamente clara. Y en consecuencia debemos concluir que los ficheros de las fundaciones privadas de iniciativa pública deben considerarse de naturaleza privada, sujetas por tanto al control y tutela de la Agencia Española de Protección de Datos. Como por lo demás ésta misma ha señalado en sus Informes 66/2003 y 370/2008.

Obligaciones y responsabilidad de los patronos (*)

José Miguel Embid Irujo

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *Las fundaciones como «operadores económicos del mercado»*. 2. *La progresiva importancia del Patronato en la organización y el funcionamiento de la fundación.*—II. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS PATRONOS: 1. *Premisa: el Patronato y su ordenación jurídica*. 2. *El influjo del Derecho de sociedades mercantiles de capital en la configuración del Patronato y, más ampliamente, en el régimen de las fundaciones*. 3. *Las obligaciones de los patronos*: A) El Patronato como ámbito «natural» de cumplimiento de las obligaciones de los patronos. B) Breve aproximación a las concretas obligaciones de los patronos de la fundación.—III. RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS: 1. *Consideraciones generales*. 2. *Modos de exoneración de responsabilidad*. 3. *Ejercicio de la acción de responsabilidad y legitimación activa.*—IV. CONSIDERACIONES FINALES (**).

I. Introducción

1. *Las fundaciones como «operadores económicos del mercado»*

Un estudio que, como el presente, intente proporcionar las ideas básicas sobre el estatuto jurídico esencial de los patronos de fundaciones, es decir, lo relativo a sus obligaciones y responsabilidad, no puede ignorar los sustanciales cambios que ha experimentado la realidad de estas personas jurídicas y, en consecuencia, su normativa reguladora¹. Entre nosotros, esas modificaciones

(*) Este trabajo forma parte del proyecto de investigación «Actividades de empresas y entidades sin ánimo de lucro (asociaciones y fundaciones)», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ2007-62414), y del que es investigador principal el autor.

(**) Abreviaturas empleadas: AcP, Archiv für die civilistische Praxis; LSA, Ley de sociedades anónimas; LSRL, Ley de sociedades de responsabilidad limitada; RCDI, Revista crítica de Derecho Inmobiliario; RDM, Revista de Derecho Mercantil; RdS, Revista de Derecho de sociedades; RVEH, Revista valenciana de Economía y Hacienda.

¹ Para disponer de una visión adecuada de la realidad del Derecho de fundaciones en nuestros días, mediante la comparación de diversos ordenamientos jurídicos, sigue siendo útil, no obstante, la necesidad de actualizar algunos datos, la consulta de K. J. HOPT y D. REUTER (eds.), *Stiftungsrecht in Europa. Stiftungsrecht und Stiftungsrechtsreform in Deutschland, den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, der Schweiz, Liechtenstein und den USA*, Carl Heymanns, Köln,

son de considerable relieve y si su alcance resulta indudable en cuanto a la realidad económica y social específica de las fundaciones, mayor es su trascendencia, si cabe, en el terreno específico de la legislación de fundaciones. Tales cambios, iniciados merced a la Ley 30/1994, de 24 de noviembre ², y continuados, con algunas alteraciones significativas pero sin cambiar sustancialmente el esquema regulador de nuestra figura, en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre (en adelante, LF) ³, actualmente en vigor (por limitarnos a la legislación estatal), han renovado la imagen un tanto petrificada de la fundación como persona jurídica. Superando la clásica visión patrimonialista, se nos aparece hoy nuestra figura como una auténtica organización, dotada de personalidad jurídica, y orientada, por imperativo legislativo, a la realización de fines de interés general. Del mismo modo, la fundación no se presenta en la actualidad como un sujeto de Derecho aislado y estático, sino que, por la necesidad de cumplir sus propios fines, con la mayor satisfacción de sus beneficiarios, ha de conectarse con la realidad del mercado, participando de manera activa y continua en el tráfico jurídico. Y ello con independencia de que, además, pueda la fundación ejercer actividades económicas, adquiriendo, en su caso, la condición de empresario, ya sea bajo la fórmula de la fundación-empresa, ya sea mediante su participación en sociedades mercantiles ⁴.

2001. Fenómeno más reciente, incluso, es el proyecto, todavía en fase incipiente, de elaborar el estatuto jurídico de una fundación europea, al modo, salvando las distancias, claro está, de la sociedad anónima europea o la sociedad cooperativa europea. Sobre esta persona jurídica de Derecho europeo, K. J. HOPT, R. WALZ, T. VON HIPPEL y V. THEN (eds.), *The European Foundation. A New Legal Approach*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2006.

² De la muy amplia bibliografía dedicada a dicha ley, nos limitamos a mencionar ahora AA.VV., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Escuela Libre Editorial-Marcial Pons, Madrid, 1995.

³ Sobre la misma, S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y mecenazgo*, Fundación ONCE-Iustel, Madrid, 2005; J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, Barcelona, 2007, por lo que se refiere a las obras generales, sin perjuicio de una abundante aportación doctrinal en monografías o artículos de revista. Por lo demás, no conviene olvidar el importante papel que juega, en el vigente Derecho (estatal) de fundaciones, el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (de ahora en adelante, RF).

⁴ Además del todavía fundamental trabajo de U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969, véase, más recientemente, M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, y J. M. EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de ahorros en España», *Perspectivas del sistema financiero*, n.º 91, 2007, número monográfico sobre fundaciones, pp. 29 y ss. También en el marco de las asociaciones se postula, con cautelas, el ejercicio de actividades empresariales;

Cabría decir, por lo expuesto, que cuadra muy bien a las fundaciones el calificativo de «operador económico del mercado», propuesto hace ya tiempo por un sector destacado de la doctrina⁵. Con ello no se hace sino reconocer, con una denominación adecuada, la progresiva integración de nuestra figura en el mercado, como un agente más, que concluye negocios jurídicos, que presta servicios, susceptibles incluso de retribución, que contrata trabajadores para el cumplimiento de sus fines y que, en fin, puede ser declarada en concurso si cae en situación de insolvencia. Se comprenderá, por ello, que aunque las fundaciones, fuera de los casos señalados, no merezcan la calificación de empresarios ni puedan tener, por imperativo legal, finalidad lucrativa, sí han de estar sometidas, por regla general, a las normas básicas de regulación del mercado en los mismos términos que los restantes operadores que en él actúan. Puede decirse, por tanto, que parece haber pasado la etapa en que las fundaciones limitaban su actividad a la mera gestión estática del patrimonio fundacional.

2. *La progresiva importancia del Patronato en la organización y el funcionamiento de la fundación*

Esta significativa evolución de la persona jurídica fundacional y su contemplación, tanto desde el punto de vista legislativo como doctrinal, desde parámetros distintos de los criterios tradicionales no pretende ignorar el papel relevante que en su nacimiento y ordenación interna corresponde al fundador. Como institución heterónoma que es, el surgimiento de la fundación sólo se puede explicar y entender desde la voluntad del fundador a través de la oportuna realización del negocio fundacional, lo que, en nuestros días, constituye, como es bien sabido, un derecho reconocido por la Constitución⁶. Siendo todo ello cierto, resulta evidente que la voluntad del fundador recibe en el Derecho vigente un reconocimiento menor del que le pudiera corresponder desde una perspectiva histórica⁷. Sin perjuicio, por tanto, de su influencia a la

al respecto, I. BELUCHE RINCÓN, «Asociación y actividad económica», *RdS*, n.º 26, 2006, pp. 389 y ss.

⁵ En este sentido, por todos, A. BERCOVITZ, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008; en la misma línea, J. M. EMBID IRUJO, «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», *RVEH*, n.º 7, 2003, pp. 85-87.

⁶ Por muchos, con referencia al artículo 34 CE, R. VERDERA SERVER, «Artículo 1», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de Fundaciones*, cit., pp. 40 y ss.; A. SERRA RODRÍGUEZ, «El derecho de fundación», en J. M.ª BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de Fundaciones*, 1, cit., pp. 69 y ss., especialmente 89-91.

⁷ Así, A. BOSCH CARRERA, «Antecedentes históricos», en J. M.ª BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tra-*

hora de configurar la estructura jurídica fundacional, no puede ignorarse que la fundación, una vez constituida, se inserta en el tráfico del mercado, debiendo contemplarse en ese marco la realización de los fines propuestos por el fundador a la persona jurídica⁸. Se entenderá, de este modo, que una organización de tales características necesita disponer, en cuanto persona jurídica, de una estructura permanente —de un órgano, de acuerdo con la consolidada terminología jurídica— encargada de su gestión y representación. Con independencia, entonces, de la composición de dicho órgano, y de la influencia que en su seno pueda corresponder al fundador, es lo cierto que sobre el mismo ha de pivotar el funcionamiento de la fundación.

Resulta lógico afirmar, así, que cualquier reflexión sobre la fundación, en cuanto persona jurídica, pasa necesariamente por su órgano de gestión y representación, por el Patronato, en suma, de acuerdo con la terminología consagrada entre nosotros y que ha recibido el refrendo legislativo. Esa importancia se refiere, como es obvio, al terreno estricto del funcionamiento de la fundación, en el que han de considerarse incluidos los posibles cambios o modificaciones relativos a la estructura de la propia persona jurídica⁹. Es evidente, con todo, que dicha importancia no ha de excluir el relevante papel que, al respecto, juegan el fundador y el Protectorado. El primero, en cuanto responsable directo de la creación de la persona jurídica, con la indudable posibilidad (que puede ser utilizada o no) de influir de manera determinante, incluso, en la concreta composición del Patronato. El segundo, por constituir un referente ineludible derivado de la propia naturaleza de la fundación como institución heterónoma, que se traduce, como indica el artículo 34 LF, en el deber de velar «por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y el funcionamiento de las fundaciones».

tado de Fundaciones, 1, cit., p. 66; es interesante, asimismo, la consulta de J. GARCÍA-ANDRADE, «Objeto y alcance de las fundaciones», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS, R. DE LORENZO GARCÍA (dir.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 44 y ss.

⁸ Conviene tener en cuenta, con todo, como se ha afirmado, con razón, entre nosotros [J. CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dir.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., p. 125], que «la fundación es un ente autónomo en cuanto que es un ente con vida propia, separada del fundador, pero no lo es en el sentido de que tenga plena capacidad de autorregular su funcionamiento».

⁹ No conviene ignorar que el Patronato es un órgano encargado de gestionar un patrimonio ajeno, materia en la que reside, de acuerdo con el artículo 14.2.º LF, uno de los aspectos esenciales de su gestión; en este sentido, I. SERRANO GARCÍA, «El Patronato», en J. M.ª BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de fundaciones*, 1, cit., p. 548, y M. PÉREZ ESCOLAR, «La responsabilidad de los patronos frente a la fundación», en J. GÓMEZ GÁLIGO (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 1785.

No obstante, del mismo modo que el fundador, una vez constituida la fundación, asume una posición equivalente a la de un tercero, sin perjuicio de todos los matices que procedan, también el Protectorado se sitúa, de acuerdo con su esencial función supervisora, extramuros de la persona jurídica¹⁰. Además, en un proceso, si se quiere, paralelo con el que afecta al fundador en el sentido indicado, la normativa vigente, siguiendo la tendencia iniciada por la Ley 30/1994, matiza sensiblemente el alcance de la intervención del Protectorado en el funcionamiento de las fundaciones, reduciendo, entre otras cosas, el número de supuestos que requieren autorización por su parte¹¹.

II. La posición jurídica de los patronos

1. Premisa: el Patronato y su ordenación jurídica

Sentada la importancia del Patronato a la hora de comprender el significado actual de una fundación, conviene recordar que la ley vigente le ha dedicado, siguiendo en lo sustancial, los caminos trazados en la Ley 30/1994, un régimen jurídico relativamente extenso que permite delimitar, siempre en compañía de lo dispuesto en los estatutos, la posición jurídica de los patronos. El Patronato se configura, según es sabido, como órgano necesario de la fundación, y la normativa vigente (art. 14 LF, esencialmente) lo concibe como «órgano de gobierno y representación» de la misma¹². Con todo, que se trate de un órgano necesario (no puede haber fundación sin Patronato) y que reciba las importantes tareas mencionadas no significa, en modo alguno, que el Patronato sea o haya de ser órgano único de la fundación; es posible, a través del oportuno reconocimiento estatutario, que existan otros órganos en la fundación, cuyo régimen jurídico y cuyas competencias apenas han sido contem-

¹⁰ Sobre el régimen del Protectorado en el Derecho vigente, véase, entre otros, M. A. CARRERA DE LUNA, y R. DE LORENZO GARCÍA, «El Protectorado», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 493 y ss.; A. BENGOCHEA BARTOLOMÉ y J. M. LÓPEZ GARCÍA, «El Protectorado», en J. M.^a BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de Fundaciones*, 1, cit., pp. 763 y ss.

¹¹ Al respecto, R. CABALLERO SÁNCHEZ, «Autorizaciones, intervención temporal y recursos», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dir.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 584 y ss.

¹² Al margen de las reflexiones jurídicas, es necesario considerar también en qué medida la gestión de la fundación por el Patronato puede ser analizada desde la perspectiva, si se quiere, sociológica, del «buen gobierno» o «gobernanza», aplicada, como es sabido, a la gestión de las sociedades mercantiles, bajo la rúbrica *Corporate Governance*. Puede ser útil, al respecto, la consulta de G. RODRÍGUEZ CABRERO, «El gobierno de las organizaciones no lucrativas», en J. I. RUIZ OLABUÉNAGA (dir.), *El sector no lucrativo en España. Una visión reciente*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, pp. 85 y ss.

pladas por el Derecho positivo en vigor (así, art. 6.2.º LF y, con algo más de detalle, art. 15 RF). No resulta posible, en el marco de este trabajo, exponer la compleja temática de la pluralidad de órganos en la fundación¹³, susceptible, por lo demás, de producir significativos efectos sobre el tema que hoy nos ocupa, derivados, en lo esencial, de la previsible función supervisora que habría de corresponder al Patronato sobre el resto de los órganos¹⁴.

2. *El influjo del Derecho de sociedades mercantiles de capital en la configuración del Patronato y, más ampliamente, en el régimen de las fundaciones*

Con independencia, en todo caso, de que la fundación disponga de otros órganos, o no, además del Patronato, conviene observar que el tratamiento de este último en la normativa vigente muestra influencias notables del Derecho de sociedades mercantiles de capital¹⁵. Es oportuno añadir, en todo caso, que el asunto que nos ocupa es expresión concreta de una tendencia más general

¹³ La mención de la posible pluralidad orgánica no se hace en el vacío, sino que, como se ha advertido entre nosotros (J. CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones», cit., p. 132), responde a una necesidad sentida en la práctica, la de la existencia de una comisión ejecutiva, evitándose dudas no sólo sobre la admisibilidad de otros órganos distintos al Patronato, algo no discutido, sino también sobre las funciones que cabe atribuirles. En general, sobre estos temas, J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación», *ibidem*, pp. 231 y ss. Es posible, con todo, que las necesidades a las que pretende subvenir la pluralidad orgánica puedan alcanzarse, de manera más sencilla, mediante delegaciones de facultades o apoderamientos organizados por el propio Patronato, sin añadir órganos, en sentido estricto, a la estructura de la fundación, como se ha señalado entre nosotros [J. M. EMBID IRUJO, *ibidem*, p. 244, y R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 16», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, cit., pp. 420-421], siendo la posible comisión ejecutiva, antes mencionada, un ejemplo significativo de delegación de facultades.

¹⁴ Es posible, aunque no quepa deducirlo nítidamente de la vigente disciplina normativa, que la existencia de varios órganos encuentre su razón de ser en la naturaleza y caracteres de la concreta fundación a la que pueda aplicarse; dicho de otra manera, la pluralidad orgánica dependerá, con razonable dosis de seguridad, del tipo de fundación ante el que nos encontremos, no tanto o no sólo por causa de su titularidad (si el fundador es una persona privada o un ente de Derecho público, esencialmente), sino, sobre todo, como consecuencia de la estructura con la que se configure o en función de los fines de interés general que pretenda perseguir [al respecto, A. CASARES MARCOS, «Tipología fundacional», en J. M.^a BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de fundaciones*, 1, cit., pp. 179 y ss.]. Cuando la fundación sea titular de una empresa, bien directamente, bien indirectamente a través de su participación en sociedades mercantiles, la pluralidad orgánica terminará siendo más una necesidad que una opción del fundador (sobre la cuestión, con gran detalle, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 352 y ss., y, más recientemente, J. M., EMBID IRUJO, «Gobierno de la fundación», cit., p. 234).

¹⁵ Así lo destacan, por ejemplo, R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 14», cit., p. 359.

predicable del moderno Derecho de fundaciones¹⁶ en cuyo seno el vínculo con el régimen jurídico de las sociedades mercantiles de capital ha empezado a alcanzar niveles realmente significativos. Sin perjuicio, por lo demás, de las evidentes diferencias que cabe observar entre ambos tipos de personas jurídicas, sobre todo en lo relativo a sus fines y a su naturaleza, es lo cierto que la progresiva inserción de las fundaciones en la realidad económica y social, así como su carácter de «operadores económicos del mercado», implican para ellas la necesidad de contar con figuras e instituciones que sólo el Derecho de sociedades ha estado en condiciones de proporcionar. Para algunos autores, incluso, esas diferencias no impiden reconocer que la idea de organización es susceptible de producir conexiones más relevantes entre sociedades y fundaciones, a despecho del ánimo de lucro (o, mejor, de su ausencia en el caso de las fundaciones), cuya dimensión tipificadora iría perdiendo relieve en el marco del Derecho de sociedades¹⁷.

La cuestión planteada, de considerable trascendencia y de alcance mucho mayor al que permiten esbozar estas líneas, puede dar lugar, con todo, a algunos problemas específicos en punto a la aplicación de las vigentes normas sobre fundaciones. La proximidad de algunas de sus normas con las correlativas de las sociedades de capital, cuando no auténtica semejanza (como la referida

¹⁶ Que no sólo se observa en España, tal y como se ha destacado en nuestra doctrina [al respecto, entre otros, J. M. EMBID IRUJO, «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)», cit., pp. 87 y ss.], sino, por ejemplo, también en Italia, en el marco de las relaciones entre la reforma del Derecho de sociedades, de 2003, y las entidades sin ánimo de lucro, incluyendo también a las asociaciones, con la posibilidad de aplicar por analogía las normas del Derecho de sociedades; sobre todo ello, A. ZOPPINI, «La disciplina delle associazioni e delle fondazioni dopo la riforma del diritto societario», en AA.VV., *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, Cedam, Padova, 2007, pp. 15 y ss. La vinculación entre régimen jurídico de las fundaciones y Derecho de sociedades, hoy ineludible, se lleva tal vez al extremo en el trabajo, por lo demás sugestivo, de U. BURGARD, *Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2006, que postula la introducción en el régimen de las fundaciones de figuras e instituciones propias del Derecho de sociedades merced al uso intensivo de las posibilidades que se pueden extraer de la autonomía de la voluntad, llegando, incluso, a proponer una «fundación configurada corporativamente» (*ibidem*, pp. 655 y ss.); son interesantes las críticas que, al respecto, formula D. REUTER, «Stiftungsform, Stiftungsstruktur und Stiftungszweck. Zu neueren Thesen über die Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht», *AcP*, 207 (2007), pp. 1 y ss.

¹⁷ Para el estudio de estas cuestiones, véase, entre otros, J. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades. I. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, edición del autor, Madrid, 1976, pp. 31 y ss.; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Pórtico, Zaragoza, 1977, pp. 293 y ss.; C. PAZ-ARES, «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en AA.VV., *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 731 y ss.

a la responsabilidad de los patronos, por ejemplo ¹⁸), permite plantear la cuestión de si será viable, y en qué grado, la «lectura» del Derecho de fundaciones en clave societaria. No pensamos, desde luego, en aquellos casos en los que no quepa otra opción, a la vista de la disciplina establecida, sino, sobre todo, en los supuestos más «abiertos», cabría decir, donde, además del problema hermenéutico, se plantea en toda su integridad la determinación del margen de manobra de la autonomía de la voluntad, por lo que se refiere, en particular, a la configuración estatutaria de la fundación ¹⁹.

3. Las obligaciones de los patronos

A) *El Patronato como ámbito «natural» de cumplimiento de las obligaciones de los patronos*

Como punto de partida a la hora de contemplar las obligaciones que incumben a los patronos en cuanto tales, conviene referirse a lo que dispone el artículo 14.2.º LF, de acuerdo con el cual «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». Antes de entrar en mayores detalles, y sin dejar de señalar la existencia de numerosas obligaciones para los patronos a lo largo de las normas vigentes sobre fundaciones entre nosotros ²⁰, es oportuno advertir la rela-

¹⁸ Semejanza que, a juicio de algunos autores (I. SERRANO GARCÍA, «El Patronato», cit., p. 576, con cita de REAL PÉREZ, a quien sigue), no permite ignorar el hecho de que «los patronos no pueden compararse a los administradores de sociedades, que son personas jurídicas de concepción y funcionamiento totalmente distinto». Sobre la responsabilidad de los patronos, véase *infra* III, 1.

¹⁹ A título de información para el debate, sobre todo, es recomendable en este punto la lectura cuidadosa de U. BURGARD, *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, cit., *passim*. El tema, como es evidente, adquiere particular significación desde la perspectiva del fundador; al respecto, con referencia a la *Privatstiftung* del Derecho austríaco, S. KELLER, *Die Möglichkeiten der Einflussnahme des Stifters im Privatstiftungsrecht*, Manz, Wien, 2006, y en términos generales, A. SCHLÜTER, *Stiftungsrecht zwischen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung. Ein Rechtsvergleich Deutschland, Frankreich, Italien, England, USA*, Beck, München, 2004. Está por analizar, con equilibrio y ponderación, el alcance de la autonomía de la voluntad en el Derecho español de fundaciones, marginando, tal vez, una acusada tendencia a reducir su posible relieve, como consecuencia del carácter heterónomo de la fundación y del papel que ha correspondido y todavía corresponde al Protectorado. Sobre el contenido de la escritura y estatutos, en el marco del proceso constitutivo de la fundación, véase J. CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dir.), *Comentarios a las Leyes de fundaciones y mecenazgo*, cit., pp. 116 y ss., en especial 125-126.

²⁰ Véase la relación de obligaciones de los patronos mencionada por R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 14», cit., pp. 363-367.

tiva paradoja que suscita, en este contexto, la lectura literal del precepto transcrito. Es indudable que en su contenido se están considerando las obligaciones específicas de los patronos, al ser a ellos, de manera individual, a quienes incumbe la realización de las tareas allí descritas²¹. Resulta revelador, con todo, que el legislador se refiera específicamente al Patronato, queriendo, quizá, significar que es en su ámbito donde adquiere pleno sentido el desempeño de la actividad típica de los patronos.

Por otro lado, como el Patronato es un órgano necesariamente colegiado, no cabe imaginar formas alternativas de gestionar o administrar una fundación, tal y como, en cambio, sucede dentro de las sociedades mercantiles de capital. No hay, no puede haber, patronos únicos, patronos mancomunados o, en fin, supuestos de solidaridad en el ejercicio del cargo. Como sucede con el Consejo de Administración de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, también el Patronato de una fundación habrá de reunirse y adoptar acuerdos con arreglo a un procedimiento y unos trámites sólo parcialmente contemplados en el Derecho español de fundaciones²². El procedimiento colegial, sin embargo, no se opone al ejercicio de ciertas tareas propias de la competencia del Patronato por alguno de sus miembros, a través, por ejemplo, de la técnica de la delegación; del mismo modo, es bien posible que algunos patronos desempeñen cometidos específicos en interés de la fundación, ajenos, en principio, a sus tareas como tales, pudiendo recibir, incluso, retribución por los mismos (art. 15.4.º, *in fine*, LF). En resumen, los patronos, como es evidente, han de cumplir las obligaciones que les impongan tanto las leyes como los estatutos de la fundación, observando, de este modo, la diligencia que les incumbe en cuanto tales (art. 17.1 LF). No obstante, su integración en un órgano, como el Patronato, necesario y de funcionamiento colegiado, es un elemento que permite apreciar, con relativa facilidad, la observancia de dicha diligencia y, por tanto, el cumplimiento de sus obligaciones (al menos, las que se explican precisamente por dicha pertenencia, *a priori* las más importantes).

B) *Breve aproximación a las concretas obligaciones de los patronos de la fundación*

En el epígrafe anterior se ha hecho alusión al artículo 14 LF que constituye, como es sabido, un precepto determinante a la hora de precisar cuáles son o pueden ser las concretas obligaciones que afectan a los patronos en el ejercicio específico de dicho cargo. En este sentido, el cumplimiento de los fines

²¹ Así, en concreto, R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 14», cit., p. 364.

²² Véase, no obstante, lo dispuesto en el Capítulo III del RF, donde se ofrecen normas para la organización y funcionamiento del Patronato en defecto de previsión estatutaria (art. 8 RF).

fundacionales representa, desde luego, la obligación por antonomasia de los patronos y expresa el sentido o razón de ser de la fundación como persona jurídica. Tales fines, como también es notorio, han de ser de interés general, enunciado ciertamente abierto, tanto en el tenor del Derecho positivo (art. 3 LF), como en el sentir de nuestra doctrina, y no coincidente con la referencia que al «interés público» contiene el artículo 35 CC a propósito de las fundaciones y otras personas jurídicas allí mencionadas ²³.

Naturalmente, las actividades que los patronos hayan de desarrollar para realizar los fines de la fundación pueden ser del todo heterogéneas, si bien conviene indicar que el artículo 23 RF distingue, a la hora de referirse a esta cuestión, entre «actividades propias» y «actividades mercantiles», señalando al efecto dos grandes núcleos de comportamientos que la fundación —esto es, los patronos— habrán de llevar a cabo dentro del asunto que nos ocupa. Obsérvese que para dicho precepto sólo las primeras son las que la fundación ha de realizar para el cumplimiento de sus fines, ejecutándolas, en todo caso, sin ánimo de lucro. Las actividades mercantiles, por su parte, aunque sean de lícito ejercicio, como sabemos, no se integran, en apariencia, en el núcleo esencial de la fundación ni se vinculan con el cumplimiento de sus fines. Esta delimitación normativa se revela, ciertamente, como muy problemática, pues es sabido, sobre todo en algunas modalidades de fundación-empresa, que ciertas actividades mercantiles constituyen un elemento inseparable del propósito del fundador, de manera que su realización deviene necesaria no sólo para su satisfacción, sino también para el cumplimiento de los fines fundacionales ²⁴.

Sea lo que fuere de este complejo asunto, que, como en tantas otras ocasiones, muestra un elemento de novedad imbricado con la visión clásica de las fundaciones, conviene aludir, seguidamente, a la obligación de «administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos» (art. 14.2.º LF).

²³ Sobre este último, por muchos, U. VALERO AGÚNDEZ, *La fundación como forma de empresa*, cit., pp. 25 y ss. Más recientemente, en el contexto de la vigente normativa sobre fundaciones, cabe remitir al lector a las consideraciones efectuadas por R. VERDERA SERVER, «Artículo 2», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, cit., pp. 100 y ss.; J. GARCÍA-ANDRADE, «Objeto y alcance de la Ley de fundaciones», cit., pp. 52 y ss.; T. GONZÁLEZ CUETO, «Concepto de fundación», en J. M.ª BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de fundaciones*, 1, cit., pp. 146 y ss. De gran interés, sobre los fines de la fundación, es la aportación de J. FERRER I RIBA, «Les finalitats fundacionals: la seva naturalesa, compliment i modificació», en AA.VV., *Les persones jurídiques en el Dret Civil de Catalunya: Associacions i fundacions*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 129 y ss.

²⁴ Véanse más consideraciones al respecto en J. M. EMBID IRUJO, «El ejercicio de actividades empresariales por las fundaciones (fundación-empresa y fundación con empresa): su significado en el régimen jurídico de las Cajas de Ahorros en España», cit., pp. 40 y ss.

Como se ha advertido, acertadamente, entre nosotros ²⁵, la administración del patrimonio fundacional no depende exclusivamente del buen criterio del Patronato, sino que en gran medida se trata de una actividad reglada. Ello se debe a que son numerosos los preceptos del Derecho español de fundaciones que, sin perjuicio de la disciplina complementaria que se pudiera establecer en los estatutos, modulan esta obligación de los patronos. Entre ellos se pueden citar los artículos 11.1.º, 19.2.º y 23.a) LF ²⁶.

Por otra parte, el deber de mantener el rendimiento y utilidad del patrimonio fundacional que el artículo 14.2.º LF impone a los patronos, ha de interpretarse con cuidado, teniendo en cuenta, en particular, los fines fundacionales y el «tipo» concreto de la fundación afectada, así como su razón de ser. Aun estando excluido el ánimo de lucro, es lo cierto, como se ha señalado en la doctrina, que la obligación de los patronos respecto del patrimonio fundacional debe venir informada por los principios de economicidad de la gestión y equilibrio financiero. Con todo, estos criterios no pueden considerarse intocables, ya que, por un lado, el patrimonio se entiende en función de los fines fundacionales y no al revés, pudiendo implicar el cumplimiento de éstos, de acuerdo con el tiempo previsible de su realización, el consumo íntegro del mismo; por otro, los patronos deben considerarse legitimados para aumentar, en lo posible, el patrimonio de la fundación, a cuyo efecto puede resultar determinante el ejercicio de actividades mercantiles por la propia entidad, siempre que, conforme al artículo 24.1.º LF, dichas actividades resulten complementarias o accesorias con los fines fundacionales ²⁷.

Al margen de estas obligaciones de carácter general y duradero, en el marco del funcionamiento efectivo de la fundación, no se puede ignorar la existencia de otras obligaciones concretas de los patronos, algunas de extraordinario significado, como puede ser la realización de los actos necesarios para la conclusión eficaz del proceso constitutivo de la fundación (art. 13.1.º LF), y otras básicas para que el Patronato pueda desarrollar de manera eficiente sus funciones, como son la elección de presidente y secretario del mismo (art. 15.1.º LF). Sin perjuicio, por lo tanto, de estas tareas impuestas por la legislación vigente a los patronos, conviene indicar, como elemento conclusivo

²⁵ Cfr. R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 14», cit., p. 364.

²⁶ Sobre estas normas, R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 14», cit., p. 364. No es posible entrar aquí en el tratamiento del patrimonio fundacional, uno de los elementos centrales de la fundación, al menos desde la perspectiva tradicional; al respecto, véase V. MONTÉS, «El patrimonio», en J. M.ª BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de fundaciones*, 1, cit., pp. 651 y ss.

²⁷ En este sentido, R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 14», cit., pp. 365-366.

de este apartado, la inexistencia de deberes específicos, por su parte, a la hora de modular su particular estatuto jurídico. A diferencia de la LSA, en la que, como es sabido, los administradores están sometidos a concretos deberes (lealtad, fidelidad, secreto), además de la observancia de la necesaria diligencia en punto a la administración de la sociedad, en nuestro ámbito, la LF se contenta, como sabemos, con la imposición de una diligencia genérica, cercana, como tendremos ocasión de ver, a la que es propia de las sociedades mercantiles de capital. No es seguro que, en este caso concreto, se haya de lamentar la falta de paralelismo entre la regulación de fundaciones y sociedades; seguramente, bastará con el establecimiento de la pauta general de diligencia para los patronos, sin distinción entre ellos por la naturaleza o características de la fundación que gestionen, para que se pueda apreciar debidamente el cumplimiento pertinente de sus funciones. Con todo, la evolución futura de la realidad fundacional permitirá apreciar la exactitud de este aserto, indicando, en su caso, la necesidad de introducir pautas más concretas para poder apreciar el cumplimiento de los deberes de los patronos.

III. Responsabilidad de los patronos

1. *Consideraciones generales*

En el marco del presente trabajo, y al hilo de la consideración de sus diferentes apartados, hemos podido apreciar la notoria influencia del Derecho de sociedades de capital en el régimen jurídico actual de las fundaciones. Esta influencia se manifiesta con particular intensidad en lo que atañe a la *responsabilidad de los patronos*. En efecto, el artículo 17 de la Ley 50/2002 recoge, con notable fidelidad, los aspectos esenciales del régimen de responsabilidad de los administradores en las sociedades mercantiles de capital (arts. 133-135 LSA, de aplicación directa a la sociedad limitada, de acuerdo con el art. 69 LSRL), salvando algunas especialidades derivadas del distinto tipo de persona jurídica en uno y otro caso. Ya en la Ley 30/1994 (art. 15) se había manifestado dicha influencia²⁸, pero ahora se intensifica, llegándose, en algunos aspectos, a la identidad literal. La gran fluidez que caracteriza, en los últimos tiempos, a nuestro Derecho de sociedades de capital, con reformas legislativas de diverso alcance

²⁸ Sobre este asunto, véase la completa exposición de J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, cit., pp. 171 y ss., quienes, por otra parte, recurren continuamente a la doctrina mercantilista en punto al tratamiento genérico y aclaración de numerosas cuestiones sobre la responsabilidad de los patronos. Más sintéticamente, R. DE LORENZO, «Artículo 15», en *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, cit., pp. 127 y ss.

y bajo la presión autorreguladora derivada del *Corporate Governance*, hoy en entredicho ²⁹, ha venido a alterar moderadamente la referida identidad ³⁰, sin afectar, del todo, a los asuntos de fondo, cuyo tratamiento coincidente se mantiene ³¹.

La responsabilidad de la que se habla en el artículo 17 es una responsabilidad individual, y no colectiva, y, a la vez, es también de naturaleza privada o civil. Asimismo, cabe considerarla un ejemplo de responsabilidad orgánica, desde el punto de vista dogmático, cuyos perfiles concretos parecen adaptarse mejor al esquema de la responsabilidad contractual ³². Recordaremos, asimis-

²⁹ Al respecto, J. M. EMBID IRUJO, «Leyes versus códigos (autorregulación) en los mercados de valores y en sociedades cotizadas», *Economistas*, n.º 120, 2009, pp. 28 y ss.

³⁰ Nos referimos, entre otros, a los cambios llevados a cabo en el artículo 133 LSA, fuente inspiradora, como ya se ha dicho, de la responsabilidad de los patronos, por medio de la Ley 26/2003, de 17 de julio, conocida como «ley de transparencia». Además de admitir la responsabilidad del administrador de hecho, el artículo 133.1.º señala ahora como fuente de responsabilidad los daños causados por actos u omisiones realizados «incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo». Se trata de una reforma congruente con la introducción de ciertos deberes específicos del administrador de una sociedad anónima, como son los de fidelidad y lealtad, además de los ya conocidos relativos a la diligencia y secreto [al respecto, últimamente, J. O. LLEBOT MAJÓ, «Deberes y responsabilidad de los administradores», en A. ROJO y E. BELTRÁN (dir.), *La responsabilidad de los administradores*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 24 y ss.]; por lo demás, dicha reforma, al quedar restringida a la sociedad anónima, ha supuesto, asimismo, una cierta disimilitud con la responsabilidad de los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada, hasta ese momento idéntica en todos sus términos a la que afectaba a los administradores de la anónima; sobre estas cuestiones, por muchos, J. M. EMBID IRUJO, «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia», *RCDI*, n.º 685, 2004, pp. 2380 y ss.

³¹ La literatura sobre responsabilidad de los administradores en sociedades de mercantiles es, ciertamente, muy amplia, quizá, entre otros motivos, por haberse convertido la cuestión en una de las materias habituales de la práctica forense entre nosotros, como se deduce, sin demasiada dificultad, de la consulta de los repertorios jurisprudenciales al uso, en todos los niveles de la Administración de justicia en España. Además de los comentarios al artículo 133 LSA, norma común, como es sabido, en la materia, cabe remitir al lector a las monografías de J. QUIJANO, *La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1985; J. L. DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Montecorvo, Madrid, 1995; en el marco del debate sobre gobierno corporativo, J. QUIJANO, «Responsabilidad de consejeros», en G. ESTEBAN VELASCO (dir.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, cit., pp. 537 y ss.; recientemente, A. ROJO y E. BELTRÁN (dir.), *La responsabilidad de los administradores*, cit., *passim*.

³² Con gran detalle sobre estas cuestiones, J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA, *El Patronato de la Fundación*, cit., pp. 174-180; asimismo, merecen ser consultadas las exposiciones del tema de R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 17», en J. OLAVARRÍA IGLESIA (coord.), *Comentarios a la Ley de fundaciones*, cit., pp. 424 y ss., y de I. SERRANO GARCÍA, «El Patronato», cit., pp. 574 y ss. De acuerdo con la calificación de la responsabilidad de los patronos como contractual, véase, recientemente, M. PÉREZ ESCOLAR, «La responsabilidad de los patronos frente a la fundación», cit., p. 1784.

mo, el *standard* de diligencia del «representante leal» que la ley impone a los patronos³³ y que, en caso de incumplimiento, hace posible la exigencia de su responsabilidad. Hay, en este punto, una recepción parcial de la regla vigente en el marco de las sociedades de capital, pues aquí, como es bien sabido, se añade el criterio del «ordenado empresario» (arts. 127 LSA y 61 LSRL), cuya introducción en el marco del Derecho de fundaciones no parece, ciertamente, necesaria³⁴. Por lo demás, el artículo 17 de la vigente ley contiene todos los aspectos esenciales en punto al régimen de responsabilidad de los patronos: desde el *standard* de diligencia, que acabamos de señalar, hasta la legitimación activa para el ejercicio de la acción, pasando por los elementos de imputación, así como por los modos posibles de exoneración de responsabilidad³⁵. Y contiene, por último, una referencia expresa al carácter solidario de la responsabilidad de los patronos frente a la fundación, lo que mejora, sin duda, la posición de esta última a la hora de hacer efectiva la indemnización por los daños y perjuicios causados³⁶.

La responsabilidad de los patronos se produce respecto de la fundación y es la consecuencia de los daños y perjuicios que le puedan causar «por actos con-

³³ Por muchos, R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 17», cit., pp. 433 y ss. Es oportuno señalar, con los autores citados, que el criterio de diligencia se usa en la LF, al igual que en el artículo 127.1.º LSA, no en sentido subjetivo, sino como canon o criterio general de conducta; dicho más precisamente «no se refiere a la actuación culpable sino a la infracción de un deber de diligencia, el que es propio del representante leal». En este sentido, continúan los autores, «la obligación de administrar que asumen los patronos se configura como una obligación de medios y no como una obligación de resultado, su cometido reside en desarrollar el nivel de diligencia que les impone la Ley, una determinada *lex artis* que han de respetar y cuya inobservancia determina el incumplimiento y, por lo tanto, la responsabilidad». Sobre el tema de la diligencia, últimamente, S. GARCÍA CAMPÁ, «La diligencia de los patronos en el Derecho español de fundaciones. Una propuesta basada en el Derecho del tercer sector», en AA.VV., *La Economía social: desarrollo humano y económico (III congreso de la red Rulescoop)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 361 y ss.

³⁴ En el mismo sentido, si bien hablando de «ordenado comerciante», J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, cit., p. 185. Por su parte, R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 17», cit., p. 434, advierten que la diligencia del «ordenado empresario» hubiera podido tenerse en cuenta para valorar la gestión de los patronos de fundaciones que ejercen actividades económicas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 LF.

³⁵ Los apartados 1.º y 2.º constituyen legislación civil y son de aplicación general, sin perjuicio de los Derechos forales o especiales, allí donde existan (disposición final primera, 2.º b); el tercero, por su parte, constituye legislación procesal y es de aplicación general (disposición final primera, 3.º).

³⁶ El carácter solidario de la responsabilidad de los patronos es una importante novedad de la ley vigente frente a la disciplina que, al respecto, establecía la Ley 30/1994 (art. 15.2.º), carente de toda referencia al modo de dicha responsabilidad. Críticamente, sobre esta omisión, J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, cit., pp. 208-209.

trarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo» (art. 17.2.º). Se trata de una expresión tomada literalmente del antiguo artículo 133.1.º LSA, alterado, con posterioridad, parcialmente tras la entrada en vigor de la Ley 26/2003, de 17 de julio, llamada «de transparencia». No es el momento de trasladar aquí todo el amplio debate que el precepto suscitó en la doctrina mercantilista; bastará con decir que la formulación legal no ha de tomarse como un ejemplo de responsabilidad objetiva o, mejor, como una suerte de responsabilidad profesional, a la vista del tenor literal («actos contrarios a la Ley o a los Estatutos»). Aunque esa opinión fue sustentada por algunos autores³⁷, que distinguían una conducta antijurídica, apreciable en los referidos actos, de una conducta culposa, derivada del incumplimiento de sus deberes, no parece conveniente apartarse del planteamiento general en materia de responsabilidad civil dentro de nuestro ordenamiento³⁸; sin perjuicio de algunos ejemplos concretos que, para su respectivo campo, la admiten, ha de defenderse la idea de *culpabilidad* como presupuesto de la responsabilidad. No obstante, parece afirmarse por el legislador una *presunción de culpa* que traerá consigo la inversión de la carga de la prueba; por lo que al terreno de las fundaciones se refiere, corresponderá, por ello, al patrono la prueba, en su caso, del cumplimiento de sus deberes en los términos señalados en la ley.

2. *Modos de exoneración de responsabilidad*

De esta última circunstancia cabe deducir, tanto respecto de las sociedades mercantiles de capital como en lo que atañe a las fundaciones, una clara intención de aumentar el rigor en punto a la responsabilidad de administradores y patronos³⁹. Dicha tendencia se reitera, de manera significativa, en el relevante

³⁷ Así, por ejemplo, E. POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., pp. 288-290.

³⁸ Se trata de una opinión defendida por una autorizada doctrina, casi de manera contemporánea a la entrada en vigor de la nueva Ley de sociedades anónimas; véase, en tal sentido, F. SÁNCHEZ CALERO, «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima, en Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea», *Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, p. 914, y A. ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, n.º 198, 1990, p. 675.

³⁹ Una muestra de ese rigor puede encontrarse en la expresa y plena inclusión de los administradores de hecho en el marco del régimen general de responsabilidad de los administradores sociales, dando relieve jurídico-mercantil a lo que, hasta ese momento, se situaba, sobre todo, en la esfera penal (al respecto, N. LATORRE CHINER, *Los administradores de hecho en las sociedades de capital*, Comares, Granada, 2003, y de la misma autora «El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA», *RDM*, n.º 253, 2004, pp. 853 y ss.; más sintética-

asunto de los medios admitidos para facilitar a los patronos la exoneración de su responsabilidad. En este punto, como ya se ha indicado, la identidad con el régimen establecido para las sociedades mercantiles es plena, tal y como se deduce del artículo 133.3.º LSA, también aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada ⁴⁰. De la formulación, un tanto alambicada, contenida en el artículo 17.2.º LF cabe deducir que son dos las formas básicas de lograr la mencionada exoneración: de un lado, el hecho de votar en contra del acuerdo finalmente adoptado por el Patronato y, de otro, la no participación en el mismo ⁴¹. La primera modalidad no parece requerir de mayor explicación; la segunda, en cambio, obliga a distinguir, de acuerdo con el tenor literal del precepto, entre que el patrono desconociera la existencia del acuerdo lesivo o que, conociéndola, hubiera manifestado, al menos, su oposición. El desconocimiento, en sí mismo, no puede ser considerado una circunstancia absoluta de exoneración de responsabilidad, pues resulta factible deducir de la diligencia exigida al patrono un compromiso de participación en las labores del Patronato y un lógico deber de información al respecto. Por tanto, sólo el desconocimiento excusable, esto es, no culpable, puede servir de causa de exoneración al patrono. Por otro lado, el hecho de conocer el acuerdo (o acto) lesivo obliga al patrono a combatir su posible vigencia; al efecto, la ley le impone, como requisito mínimo, el deber de oponerse al acuerdo, que habrá de constar, a nuestro juicio, en el acta correspondiente ⁴².

mente, F. MARTÍNEZ SANZ, «Ámbito subjetivo de la responsabilidad», en A. ROJO y E. BELTRÁN (dir.), *La responsabilidad de los administradores*, cit., pp. 54 y ss. Cabe plantear la traslación de esta temática al ámbito de las fundaciones, a propósito, precisamente, de un «patrono de hecho», predicando del mismo la diligencia y responsabilidad aplicables a los patronos de derecho. Naturalmente, sería preciso que en el primero concurrieran los requisitos que la doctrina y jurisprudencia exigen, en el marco del Derecho de sociedades, para constatar la presencia de un administrador puramente fáctico.

⁴⁰ Al respecto, E. POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el Consejo de administración de las sociedades anónimas*, cit., pp. 303 y ss.; F. SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, cit., pp. 264 y ss.; I. ARROYO, «Artículo 133», en I. ARROYO y J. M. EMBID (COORD.), *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, II, cit., pp. 1408 y ss.

⁴¹ En este sentido, J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, cit., p. 213.

⁴² En esta línea, entre otros, R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 17», cit., p. 447, y M. PÉREZ ESCOLAR, «La responsabilidad de los patronos frente a la fundación», cit., p. 1789. Esta misma autora resume, de manera acertada, el significado del precepto analizado y los cambios experimentados frente a la regulación precedente de la Ley 30/1994; con esta ley, señala PÉREZ ESCOLAR (*ibidem*) «quedaban exentos de responsabilidad los patronos disidentes y los ausentes, mientras que con la vigente LF tal exención opera a favor de los disidentes y de los ausentes únicamente cuando a la vez sean desconocedores de buena fe de la existencia del acuerdo dañoso e incluso de las posibilidades que existieron de su adopción, que habrá de haberse producido».

Pero el punto de partida del legislador es pedir al patrono una conducta más rigurosa, consistente en hacer todo lo conveniente para evitar el daño. Esta fórmula legal puede ser interpretada de diversas maneras; la mejor, a nuestro juicio, es ponerla en relación con el completo régimen de la responsabilidad para apreciar la vía idónea para tal fin. Y en este punto, la LF, en su artículo 17.3.ºc), sugiere un camino consistente en el otorgamiento de legitimación activa a «los patronos disidentes y ausentes, en los términos del apartado 2 de este artículo» para el ejercicio de la acción de responsabilidad. Se trata de una solución llamativa del régimen vigente, tanto frente a su predecesora como frente a la normativa propia de las sociedades mercantiles de capital. Según es sabido, en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada los administradores carecen de legitimación activa, por sí mismos, para entablar la acción social de responsabilidad; por ello, la mejor manera de hacer «todo lo conveniente para evitar el daño» puede consistir, si, por ejemplo, la administración social está organizada en forma de Consejo, en impugnar judicialmente sus acuerdos, para lo que sí disfrutaban de legitimación activa (art. 143 LSA y art. 70 LSRL). En sede de fundaciones, los acuerdos del Patronato pueden ser impugnados por el Protectorado (art. 35.2.º LF *in fine*), sin resquicio aparente para la impugnación por parte de los patronos. Quizá esta norma facilite el funcionamiento colegiado del Patronato, evitando posibles bloqueos de su actividad.

No obstante, la solución expresada en el artículo 17.3.º LF es, en principio, demasiado radical y mucho más rigurosa que la establecida en sede de sociedades mercantiles de capital. Si respecto de éstas se ha criticado la posibilidad misma de la impugnación de los acuerdos sociales —cualquiera sea el legitimado activo—, no parece que el ejercicio de la acción de responsabilidad por los patronos pueda merecer un juicio positivo. Que disentir del acuerdo o, simplemente, no asistir a la reunión del Patronato en el que se adoptó sirvan para legitimar activamente a los patronos afectados por tales situaciones para exigir la responsabilidad de otros u otros de sus miembros, es, a nuestro juicio, una solución excesiva cuya razón de ser y potencial eficacia al servicio de la fundación habrían debido merecer un poco más de meditación.

3. Ejercicio de la acción de responsabilidad y legitimación activa

El tema del ejercicio de la acción de responsabilidad y de la consiguiente *legitimación activa* —a la que, si bien no del todo directamente, acabamos de aludir— es, tal vez, el aspecto de la responsabilidad de los patronos que más se aparta de lo establecido en el ámbito de las sociedades de capital. De un lado, por la singular naturaleza de la fundación no puede concederse dicho ejerci-

cio a los socios que posean una determinada participación en el capital, puesto que, como es evidente, ni socios ni capital tiene la fundación. De otro, la tutela pública a que toda fundación está sometida justifica la atribución de legitimación activa al Protectorado, en los términos del artículo 35.2.º LF. En todo caso, también estarán legitimados para el ejercicio de la acción de responsabilidad «el propio órgano de gobierno de la fundación», es decir, el Patronato, excluyéndose de participar en el acuerdo correspondiente al patrono afectado por la acción, así como el fundador que no sea patrono.

Así, pues, y en resumen, disfrutarán de legitimación activa el propio Patronato, el Protectorado, los patronos disidentes o ausentes y el fundador que no sea patrono ⁴³. Frente a la disciplina establecida en la Ley 30/1994, la LF introduce en materia de legitimación activa para el ejercicio de la acción de responsabilidad una importante novedad consistente, como ya se ha advertido, en reconocerla a los patronos disidentes o ausentes. Se trata de una posibilidad ya sugerida bajo la vigencia de la ley anterior, como elemento, si se quiere, de control recíproco de los patronos y ante la duda de una posible parcialidad del Patronato en punto al tema que nos ocupa ⁴⁴. Siendo estas razones comprensibles, no termina de resultar convincente el planteamiento del legislador que, por lo demás, ha añadido la legitimación individual de los mencionados patronos a la conjunta del Patronato, como órgano de gobierno de la fundación.

A la hora de enumerar el conjunto de sujetos u órganos legitimados para el ejercicio de la acción de responsabilidad no se menciona, como se habrá apreciado, a los *acreedores*. Frente a lo dispuesto en el artículo 134.5.º LSA, que les faculta al efecto de manera subsidiaria «y siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos» ⁴⁵, nada dice la Ley 50/2002, siguiendo, en tal sentido, el planteamiento observado en la ley anterior. Bajo el imperio de esta última, se sostuvo ⁴⁶ que el silencio de la ley no impedía a los acreedores —y a los terceros, en general— el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a los patronos que hubieran causado daño con su actuación, siempre que concurriera un interés legítimo en el ejerciente. Dentro de la ley en vigor nada hay que impida mantener este punto de vista que, por lo demás, resulta idóneo para establecer un mecanismo adecuado de

⁴³ Véanse las consideraciones que, sobre esta materia, formulan R. MARIMÓN DURÁ y J. OLAVARRÍA IGLESIA, «Artículo 17», cit., pp. 454 y ss.

⁴⁴ Al respecto, véase J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, cit., pp. 189-190, con indicación de doctrina en tal sentido.

⁴⁵ Sobre la cuestión, por muchos, véase F. SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, cit., pp. 311 y ss.

⁴⁶ Cfr. R. DE LORENZO, «Artículo 15», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, cit., p. 137.

tutela para los terceros vinculados o conectados de algún modo con la fundación.

El ejercicio de la acción de responsabilidad de los patronos que estamos considerando se endereza, como ya se habrá imaginado, a hacer posible el *resarcimiento de los daños y perjuicios* causados por su actividad respecto de la fundación. Con dicha acción no se trata, por tanto, de que los diversos sujetos legitimados pretendan incrementar su patrimonio, caso de que, por supuesto, estime el juez su procedencia. Se trata, más bien, de canalizar el resarcimiento hacia la propia fundación para que ésta pueda reconstituir su patrimonio, seguramente disminuido por las consecuencias dañosas de la actividad del patrono o patronos responsables. No puede hablarse, propiamente, de una acción «social» de responsabilidad, al modo de las sociedades capitalistas, aunque el propósito y la orientación final sean, en sustancia, los mismos. En todo caso, al lado de esta acción «fundacional», si cabe la terminología, ha de reconocerse también la licitud de una acción «individual» de responsabilidad de los patronos, ejercida por los terceros lesionados en su esfera patrimonial por una concreta actuación de aquéllos. Tal posibilidad, que no hace sino actualizar la idea genérica de responsabilidad civil existente en nuestro Derecho, ha de proceder con arreglo a las pautas básicas del mismo, aunque la ley vigente no se pronuncie al respecto ⁴⁷.

IV. Consideraciones finales

En el presente trabajo hemos pasado revista sintética al estatuto jurídico esencial de los patronos de las fundaciones, atendiendo, de manera más específica, al análisis de sus concretas obligaciones y, con mayor detenimiento, a los supuestos que desencadenan su responsabilidad civil. A fin de encuadrar debidamente este importante asunto, nos ha parecido conveniente echar una ojeada al significado actual de las fundaciones y a su progresiva inserción en la realidad económica y social, circunstancias ambas que permiten calificar a dichas

⁴⁷ En este sentido, por lo que a la Ley 30/1994 se refiere, R. DE LORENZO, «Artículo 15», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, I, cit., p. 137. En ese mismo marco legal, J. R. SALELLES CLIMENT y R. VERDERA SERVER, *El Patronato de la Fundación*, cit., pp. 188-189, que invocan la aplicación de los principios generales de responsabilidad vigentes en nuestro ordenamiento para encauzar la mencionada acción. Sobre la acción individual en el Derecho de sociedades de capital, véase, con detalle, E. POLO SÁNCHEZ, *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima*, cit., pp. 369 y ss., y últimamente B. SALDAÑA, *La acción individual de responsabilidad. Su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, con un completo análisis de la jurisprudencia española sobre dicha figura.

personas jurídicas como auténticos operadores en el mercado. Esta considerable alteración respecto del carácter tradicional de las fundaciones es objeto de progresiva recepción en su normativa reguladora, en la cual se aprecia una perceptible influencia de otros sectores del ordenamiento jurídico, insertos tradicionalmente en el ámbito mercantil, como es el Derecho de sociedades, algunas de cuyas normas han encontrado asiento en la normativa vigente sobre nuestra figura. De este modo, y sin perder de vista el papel determinante del fundador, así como la relevante labor supervisora del Protectorado, es lo cierto que corresponde progresivamente al Patronato, como órgano de gestión y representación de nuestra figura, un papel de la mayor trascendencia a la hora de hacer posible la actividad de la persona jurídica fundacional en cumplimiento de sus fines. Aquí reside, en concreto, una de las obligaciones fundamentales de los patronos, la cual, junto a la administración equilibrada del patrimonio de la fundación, perfila de manera sustancial el marco de sus deberes específicos, cuya realización ha de llevarse a cabo de acuerdo con la diligencia de un representante leal, según establece el artículo 17.2.º LF.

Por su parte, el régimen de responsabilidad de los patronos en la Ley 50/2002 acusa, con especial relieve, la ya señalada influencia del Derecho de las sociedades mercantiles del capital en el régimen de las fundaciones. No resulta sencillo el acoplamiento con la realidad de estas últimas de una serie de criterios surgidos para hacer viable la responsabilidad de los administradores de unas personas jurídicas ajenas en su actividad al cumplimiento de fines de interés general. Asimismo, no ha de olvidarse que la traslación del modelo de responsabilidad de los administradores propio del Derecho de sociedades, al menos en sus pautas básicas, se proyecta sobre una realidad, como la de las fundaciones, en cuya administración encontramos, con llamativa frecuencia, más generosidad que profesionalidad, más vocación solidaria, en suma, que conocimientos y experiencia en la gestión de organizaciones ⁴⁸.

Siendo exactas las ideas que acabamos de transcribir, no resulta posible desconocer, sin embargo, algunas circunstancias que, a la altura de nuestro tiempo, obligan a un juicio más matizado y que entroncan plenamente con las ideas expuestas a lo largo de nuestro estudio. De un lado, el criterio general, recogido ya en la Ley 30/1994, de que las fundaciones han de ser considera-

⁴⁸ En este sentido, desde un análisis sociológico del, así llamado, «tercer sector», J. I. RUIZ OLABUÉNAGA, *El sector no lucrativo en España*, Fundación BBV, Madrid, 1998, p. 265. La obra ha sido revisada hace poco tiempo; véase J. I. RUIZ OLABUÉNAGA (dir.), *El sector no lucrativo en España. Una visión reciente*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006. Asimismo, sobre el tercer sector, véase V. MARBÁN GALLEGO, «La importancia de la actividad del tercer sector», en J. M.ª BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de fundaciones*, 2, cit., pp. 1439 y ss.; A. RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, «El tercer sector y la Comunidad Europea», *ibidem*, pp. 1209 y ss.

das, ante todo, como *organizaciones*, dotadas, por ello, de una cierta complejidad y para cuyo gobierno se imponen ciertas pautas propias del ámbito empresarial y, más específicamente, del Derecho de sociedades mercantiles. De otro, sin abandonarse el criterio de ausencia de fin de lucro, es lo cierto que la Ley 50/2002, siguiendo los pasos de la anterior, ratifica y amplía el papel de las fundaciones como *operadores económicos en el mercado*, con importantes consecuencias respecto de su régimen jurídico, según hemos tenido ocasión de señalar repetidamente a lo largo de este trabajo. Por último, la ley vigente, desde el punto de vista del «gobierno» de la fundación, camina decididamente a una mayor *profesionalización* del cargo de patrono. Ello se pone de manifiesto, entre otros extremos, en el importante matiz añadido a la tradicional gratuidad del cargo y que permite retribuir servicios especiales del patrono ajenos a esta condición. Como es lógico, no siempre será fácil separar lo que constituye obligación del patrono por razón de su cargo de lo que es prestación de servicios, según se deduce de la rica experiencia que conocemos del Derecho de sociedades de capital. En cualquier caso, esta significativa novedad de la ley vigente no puede desconectarse del régimen de responsabilidad de los patronos.

En resumen ⁴⁹, no parece que el sistema de responsabilidad de los patronos establecido por la Ley 50/2002 implique un exagerado rigor para sus destinatarios. La necesidad de mejorar el modo de gestión de las fundaciones y el papel central del Patronato en la vida de estas personas jurídicas son, entre otros, los hechos que apuntan hacia la necesidad de una mayor diligencia de los patronos en el ejercicio de sus funciones y a que, en consecuencia, se establezcan mecanismos claros y viables para la oportuna reclamación de su responsabilidad por actos ilícitos, de acuerdo con lo dispuesto en la ley vigente ⁵⁰.

⁴⁹ Con más detalle sobre todos estos temas, J. M. EMBID IRUJO, «Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro», cit., pp. 96-97.

⁵⁰ Desde el ámbito propio de las fundaciones y de la responsabilidad de sus patronos, habrá que atender con cuidado a la evolución de las ideas que, en punto a la responsabilidad de los administradores sociales, se está produciendo en el Derecho de sociedades mercantiles. Tras una etapa, relativamente larga, iniciada con la promulgación, en 1989, del vigente texto de la LSA, en la que se acentúa, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el rigor en el tratamiento del problema, se está observando una significativa tendencia a modular la responsabilidad de los administradores, bien mediante la inserción en los estatutos de cláusulas restrictivas de la misma [al respecto, A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, «La limitación estatutaria de la responsabilidad de los administradores sociales frente a la sociedad», *RDM*, n.º 248 (2003), pp. 683 y ss.], bien matizando el alcance de su deber general de diligencia (véase, L. HERNANDO CEBRIÁ, *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del —buen— juicio empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2009, especialmente pp. 159 y ss. No es seguro el resultado que estos planteamientos vayan a producir dentro del importante asunto que ahora nos ocupa; merece la pena, con todo, seguir esta evolución, poniéndola en relación, en lo que sea pertinente, con la responsabilidad de los patronos de las fundaciones.

Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos

Santiago Muñoz Machado

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. LAS FUNDACIONES COMO ENTES PÚBLICOS INSTRUMENTALES: 1. *Fundaciones privadas y fundaciones de ente público.* 2. *Las fundaciones del sector público en la Ley 50/2002.*— II. LA APLICACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO: 1. *Sector público, poder adjudicador y otros conceptos básicos para delimitar subjetivamente el ámbito de aplicación de la LCSP.* 2. *Excepciones: en particular, establecimientos de carácter industrial o mercantil.* 3. *Principios y normas de la legislación de contratos del sector público que son aplicables a las fundaciones que tengan la condición de poderes adjudicados: una panorámica general:* A) Distinción entre contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada. B) Capacidad, perfil, aptitud. C) Objeto y precio del contrato. D) Plazos. E) Forma de los contratos. F) Contenido de los contratos y garantías. G) Impugnaciones.

I. Las fundaciones como entes públicos instrumentales

1. *Fundaciones privadas y fundaciones de ente público*

El artículo 34 de la Constitución es la primera norma de ese rango que, en toda nuestra historia, reconoce «el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley». Se configura en la Constitución como un derecho y también con una garantía a favor de una institución, cuyas características aparecían bien decantadas, en el ordenamiento y en la práctica jurídica y social precedente: se trata de una organización que gestiona un patrimonio, y que ha sido adscrito por la persona del fundador al servicio de fines de interés general. La mención que hace el propio artículo 34 CE a los «fines de interés general» que deben perseguir las fundaciones excluye la posibilidad de que estos establecimientos puedan dedicarse a la gestión de intereses privados o familiares. Por tanto, el derecho de fundación sólo se refiere a la creación de establecimientos cuyo objetivo es la atención de intereses generales. Se trata de finalidades superpuestas, muchas veces, paralelas y diferentes, otras, a las que desarrollan las Administraciones Públicas cuya acción siempre se justifica, precisamente, por dedicarse a la atención de los intereses generales (art. 103 CE).

La primera ley que, desarrollando lo establecido en el artículo 34 de la Constitución, reguló las fundaciones, la Ley 30/1994 las definió como «organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general». Estos fines los precisaba inmediatamente el artículo segundo, de un modo puramente enunciativo, no exhaustivo: «asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo de defensa del medio ambiente, de fomento de la economía o de la investigación...».

El régimen de las fundaciones, que la Ley de 1994 desarrolló por primera vez, se correspondía con el siguiente esquema, que sigue siendo el característico de dichas instituciones: a) adquieren la personalidad jurídica con la inscripción de la escritura de constitución en el registro; b) el acta fundacional y los estatutos deben contener las determinaciones mínimas que la ley exige; c) la dotación fundacional puede constituirse con bienes o derechos de cualquier clase, de manera que no ha de ser necesariamente dineraria; d) se acepta por la ley la aportación sucesiva, aunque exigiendo un desembolso inicial mínimo; e) el gobierno de la fundación corresponde a su patronato, cuyo régimen en punto a nombramientos, funciones, responsabilidad, sustitución, suspensión y cese de patronos, establecen la ley y los estatutos; f) las fundaciones tienen duración indefinida, pero en caso de extinción (por cumplimiento de los fines que justificaron su creación o por consunción del plazo para el que fueron constituidas) sus bienes y derechos se adscriben a otras fundaciones o entidades designadas por el fundador, por los patronos o, en su defecto, por el protectorado; g) el protectorado es un órgano administrativo de supervisión de la organización y funcionamiento de las fundaciones, que tiene competencias para intervenir en decisiones relevantes respecto del buen uso del patrimonio y el cumplimiento de los fines que la fundación tiene encomendados.

La Ley 30/1994, que venimos citando, se refirió a las fundaciones creadas por Administraciones o entes públicos muy escuetamente, en su artículo 6.4, que se limitó a establecer la siguiente regla general: «las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario». Es claro que se trataba de una habilitación general a favor de las Administraciones Públicas, exceptuando los casos en que alguna norma concreta no lo permitiera. La creación de entes de naturaleza fundacional por las Administraciones Públicas no era un fenómeno completamente nuevo, como enseguida veremos, pero es indudable que el precepto transcrito animó extraordinariamente la utilización de dichas instituciones que proliferaron enseguida (en las leyes de Presupuestos de cada año aparecen listas de extensión creciente de las fundaciones del sector público es-

tatal, que son las más fácilmente contables, habiendo incrementado su número a gran velocidad los años finales del siglo XX).

La habilitación de la Ley de 1994 fue anticipada y secundada por la legislación autonómica que ha propiciado, igualmente, la creación de fundaciones por las Administraciones Públicas. Antes de que se aprobara aquella ley estatal, la Ley de Fundaciones del País Vasco de 17 de junio de 1994 reconoció que las entidades jurídico-públicas de cualquier clase podían constituir fundaciones (art. 4.4). Después de 1994 casi todas las Comunidades Autónomas han aprobado sus propias normas sobre fundaciones, en las que se incluyen regulaciones que han ido progresando en el detalle sobre las condiciones de creación de fundaciones por las Administraciones Públicas y las particularidades de su régimen jurídico. Por ejemplo, la Ley de Fundaciones de Canarias, de 6 de abril de 1998 (arts. 41 y siguientes); la Ley de 2 de marzo de 1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (arts. 9 y siguientes); Ley de Fundaciones de Castilla y León, de 15 de julio de 2002 (art. 6); Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 31 de mayo de 2005 (arts. 55 y siguientes); Ley de 1 de diciembre de 2006, de Fundaciones de Interés gallego (arts. 58 y siguientes); Ley de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja de 12 de febrero de 2007 (art. 7), etc.

Este entusiasmo del legislador y las Administraciones Públicas por las fundaciones, amparado, sin duda, en la búsqueda de fórmulas flexibles de organización (la equívoca huida de las garantías de la legalidad y de los intereses generales que se han forjado en las disciplinadas instituciones del Derecho Administrativo), ha sido, en ocasiones, bastante atropellado. El efecto ha sido la implantación de variantes, en cuanto a la denominación y algunas peculiaridades del régimen jurídico, que no han contribuido en nada a mantener la claridad de la regulación. Un ejemplo de ello han sido las llamadas fundaciones sanitarias cuya creación previó la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud. La reforma pretendió introducir competitividad en la gestión de los servicios sanitarios de naturaleza asistencial, pero la fórmula entró en vía muerta enseguida. Además se han creado diversas fundaciones relacionadas con la investigación y, principalmente, con los centros universitarios de esta clase (Fundación de Investigación Hospital Universitario de Puerta de Hierro, Hospital Ramón y Cajal, Hospital Clínico San Carlos, Hospital Universitario La Paz, Hospital Universitario de Getafe, Hospital Universitario de La Princesa y Hospital Universitario de Son Dureta, cuya creación fue autorizada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2001). Además de estas «fundaciones sanitarias en mano pública» como las denominó M. Vaquer, autor de un acertado comentario crítico sobre esta peculiar legislación, el artículo 111 de la Ley 50/1998, de

30 de diciembre, reguló unas denominadas «fundaciones públicas sanitarias», que no son, por su naturaleza, fundaciones sometidas al régimen general de estas instituciones, sino organismos públicos («una adaptación al ámbito de la sanidad de la categoría de los organismos públicos» regulados en la LOFAGE, según ha dicho la STS de 27 de enero de 2003).

Otro tipo de regulaciones estatales y autonómicas que han inducido a confundir sobre la naturaleza de estas instituciones son las que varían su denominación: algunas veces aparece en la legislación la denominación fundaciones a secas, otras veces se añade la calificación «públicas», otras «del sector público», o «de interés público», etc. Casi siempre, sin embargo, el régimen más generalizado es el establecido en la legislación general de fundaciones a la que se acogen la mayoría de las que han creado las Administraciones Públicas.

Las insuficiencias de la Ley de 1994, imputables en gran medida a la poco meditada inclusión en su texto de la habilitación a cualquier entidad pública para crear fundaciones regidas por el Derecho privado, y el éxito sobresaliente de la fórmula, determinaron la necesidad de una regulación más completa que se ha establecido con la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que es la norma estatal general en materia de fundaciones (su Reglamento fue aprobado por Real Decreto de 11 de noviembre de 2005). Como la nueva ley ha tenido que respetar las regulaciones de las Comunidades Autónomas, basadas en las competencias legislativas de éstas, sus prescripciones fundamentales se refieren a las «fundaciones del sector público estatal», a las que dedica los artículos 44 a 46. Estos preceptos se aplican, por tanto, a las fundaciones estatales sometidas al régimen general de la legislación de fundaciones; pero la legislación autonómica, de la que hemos citado antes algunos ejemplos, repite con precisión el conjunto de principios en que se basa la legislación estatal, que reproduce con pocos añadidos.

2. *Las fundaciones del sector público en la Ley 50/2002*

La Ley 50/2002 citada reitera (art. 8) la legislación a favor de las Administraciones Públicas para que constituyan fundaciones, que quedarán sometidas a sus preceptos. En los artículos 44 a 46 se establecen las siguientes normas respecto de las fundaciones del sector público estatal:

— Se considerarán fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos y demás entidades del sector público estatal; b) que su patrimonio fundacional, con carácter de per-

manencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades (art. 44). La denominación «fundaciones del sector público estatal» procede de la legislación presupuestaria, que sigue utilizándola [art. 2.1.f) de la Ley General Presupuestaria de 26 de diciembre de 2003] y estaba originalmente pensada para definir las sociedades estatales. Su aplicación a las fundaciones no dejó de plantear algunos problemas de interés. Por ejemplo, el inciso primero del artículo 44 de la Ley de Fundaciones usa el concepto de aportación, que es más amplio que el de dotación, lo que supone que siempre que las aportaciones, directas o indirectas, de organismos estatales, sean mayoritarias, la fundación será «del sector público». Pero, a la vez, la fórmula de encuadramiento es flexible porque, a lo largo de la vida de una fundación, la procedencia de las «aportaciones» que recibe una fundación puede cambiar y los recursos dominantes pueden ser privados. Justamente esta misma flexibilidad, en relación con la integración del sector público, es constatable en el segundo requisito alternativo del citado artículo 44: una fundación originalmente privada puede devenir pública si su patrimonio permanente está formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por entidades públicas.

— La constitución, transformación, fusión y extinción de una fundación del sector público estatal requerirán la autorización previa del Consejo de Ministros. La misma autorización es necesaria respecto de cualquier acto o negocio que implique la pérdida del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente. Cuando de lo que se trata es de constituir una fundación o transformar en fundación del sector público una ya establecida, es preceptivo el aseguramiento de que la mayoría de los miembros del patronato corresponderán a entidades del sector público estatal (art. 45.1).

— Es importante la relevancia que la ley otorga a la justificación de cualquiera de estas decisiones, ya que impone que los expedientes de autorización de los actos referidos deben incluir una memoria en la que se expongan suficientemente «las razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente» (art. 45.2). También hace falta una memoria económica que deberá ser informada por el Ministerio de Economía y Hacienda, en la que habrá de justificarse la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad (art. 45.3).

— La parte más extensa de la regulación contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, sobre las fundaciones del sector público estatal, se refiere a su

régimen jurídico (art. 46), caracterizado en dicha ley, sobre todo, por compendiar un conjunto de limitaciones importantes a las funciones que pueden ser encomendadas a las fundaciones. Las más destacadas son: a) La prohibición de ejercicio de potestades públicas. Es ésta una regla que suele encontrarse en otras ocasiones en la legislación para impedir que se atribuyan potestades de aquella clase a organismos, incluso públicos (como empresas: disposición adicional duodécima de la LOFAGE de 1997), que actúan en régimen de derecho privado. b) Solamente pueden atribuírseles actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo asumir, en relación con las mismas, una función de colaboración, sin que ello suponga la asunción de las competencias propias de las entidades fundadoras o financiadoras. Las funciones estarán ordinariamente contempladas en los Estatutos, pero cabe también la asignación suplementaria de tareas por la vía de la delegación o de la encomienda de gestión. Las fundaciones de ámbito autonómico y local plantean, en relación con su actividad, otros problemas concernientes al ámbito territorial de actuación, que debe resolverse conforme a normas de derecho privado, del mismo modo que hemos explicado en relación con las empresas públicas. c) El protectorado de las fundaciones se ejercerá por la Administración General del Estado con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas; esta determinación implica considerar que las fundaciones son instituciones dependientes de la Administración que las crea, e instrumentos al servicio del cumplimiento de sus fines sin que, por tanto, afecte a su relación de dependencia el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que se refiere, naturalmente, sólo a las fundaciones de carácter privado. d) La selección de personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

II. La aplicación general de las normas sobre contratación pública a las fundaciones del sector público

Algunas peculiaridades adicionales del régimen jurídico de las fundaciones del sector público, que regula en términos generales la Ley 50/2002 que venimos analizando, han sido objeto de mayores precisiones en alguna legislación sectorial impulsada, a veces, por exigencias derivadas del Derecho Comunitario europeo.

Muy especial importancia ha tenido, a dicho respecto, la legislación sobre contratación pública. La cuestión esencial ha sido determinar si las fundaciones del sector público están sometidas a la legislación de contratos administrativos. Una de las razones en que más se apoyó la utilización instrumental de las

fundaciones por las Administraciones Públicas fue que éstas encontraron en ellas una vía fácil para escapar de los rigores de la legislación de contratos públicos. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea concerniente a la aplicación de las Directivas en materia de contratación pública concretó el ámbito subjetivo de las mismas de modo que incluía, sin duda posible, a las fundaciones. Las reglas sobre contratación, según la referida jurisprudencia, se aplican a todos los «organismos de Derecho público», categoría en la que se incluyen aquellos en los que concurren los siguientes requisitos: 1.º) que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; 2.º) que está dotado de personalidad jurídica; 3.º) que su actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público (entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia Comunitario de 15 de enero de 1998, asunto C-44/96, de 12 de diciembre de 2002, asunto *Universale Bau*; de 27 de febrero de 2003, asunto *Adolf Tuley*; Sentencia de 10 de noviembre de 1998, *Gemeente Arnhem*, etc.).

El propio Tribunal de Justicia Comunitario ha tenido que recordar a España, a través de varias sentencias de condena por incumplimiento, la incorrecta trasposición de las Directivas en materia de contratación pública al Derecho interno. Así las Sentencias de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005.

1. Sector público, poder adjudicador y otros conceptos básicos para delimitar subjetivamente el ámbito de aplicación de la LCSP

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre, distingue entre entes, organismos y entidades que integran el sector público y, dentro de éste, los que tienen consideración de Administraciones Públicas. Usa también el concepto de «poderes adjudicadores» que abarca a entes, organismos y entidades que son Administraciones Públicas, junto a otros que no tienen tal carácter.

El artículo 3.1 establece la relación de los organismos y entidades que *forman parte del sector público*. Se incluyen las Administraciones territoriales; las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social; los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades públicas, las agencias estatales y cualesquiera entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo; las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas anteriormente sea superior al 50%; los consorcios dotados de personalidad jurídica

propia; las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades [3.1.f)]; las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades anteriormente mencionados y también, finalmente, «cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia» [3.1.h)].

Dentro del sector público se consideran *Administraciones Públicas*, las Administraciones territoriales y entidades gestoras, los servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las Universidades Públicas, las entidades de Derecho público que tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, siempre que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No se consideran Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y entidades locales.

Por último, el párrafo 3 del artículo 3 especifica qué organismos tienen la consideración de «*poderes adjudicadores*». Incluye toda la lista de «Administraciones Públicas» y añade: todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia que no sean Administraciones Públicas, pero que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. También se consideran poderes adjudicadores las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades antes mencionadas.

2. Excepciones: en particular, establecimientos de carácter industrial o mercantil

Considerando estos conceptos y determinaciones de la LCSP, las fundaciones creadas por cualquier Administración Pública, mediante aportaciones mayoritarias, o cuyo patrimonio esté constituido en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por entidades integradas en el sector público, forman también parte del sector público. Así lo establece el párrafo f) del artículo 3.1. La determinación establecida en el párrafo h) del mismo precepto permite flexibilizar el riguroso enunciado del párrafo f), anteriormente comentado, en el sentido de que las fundaciones creadas para satisfacer necesidades de interés general por sujetos integradores en el sector público siguen perteneciendo al sector público en la medida en que los sujetos que las crearon financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. No en otro caso.

A los efectos de la Ley de Contratos el concepto más determinante es el de «poder adjudicador». Además de las Administraciones Públicas, como ya hemos visto, tienen tal naturaleza todos los demás entes, organismos o entidades en los que concurra alguna de estas circunstancias: a) hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general; b) que no tengan carácter industrial o mercantil; c) que uno o varios sujetos que tenga la condición de poderes adjudicadores financie mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Por consiguiente, las fundaciones del sector público son siempre poderes adjudicadores cuando reúnen alguna de las condiciones que acaban de indicarse. El concepto más problemático que utiliza la Ley es el concerniente al «carácter industrial o mercantil» del establecimiento. Esta excepción procede del Derecho comunitario. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha tenido que ocuparse en diversas ocasiones del problema del ejercicio de actividades mercantiles o industriales por organismos de naturaleza pública. Su doctrina ha sido decisiva para evitar las distorsiones del mercado que se producen en algunos sectores económicos como consecuencia de la presencia en ellos de organismos públicos que desarrollan actividades de aquel género en condiciones de desigualdad con los empresarios privados. Normalmente esta posición privilegiada se ha hecho notar cuando tales organismos perciben ayudas o se benefician de una financiación excepcional por parte de las Administraciones Públicas, o actúan sin atenerse a los criterios financieros que normalmente aplica una empresa privada en la economía de mercado. Existen algunos crite-

rios generales establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario, pero la forma de operar del Tribunal de Justicia ha sido siempre considerando las circunstancias de cada caso concreto. Una explicación última de tales criterios puede verse en la Sentencia *Adolf Truley* de 27 de febrero de 2003. Alguno de los elementos de valoración esenciales que se repiten en la jurisprudencia radican en la verificación de si realmente el organismo actúa en el mercado compitiendo con otros de carácter mercantil o industrial, si desarrolla sus actividades asumiendo los riesgos normales de mercado o, por el contrario, recibe regularmente financiación que le permiten compensar las pérdidas u obviar otros problemas financieros, si fija los precios de los bienes y servicios que produce ateniéndose a las leyes de la oferta y la demanda, o si, en fin, el objeto mismo de la entidad u organismo es operar en un mercado o sector concreto abierto a la competencia. Estos criterios los pondera el Tribunal de Justicia con ocasión del análisis en cada caso para concluir si un organismo público desarrolla verdaderamente actividades de carácter mercantil.

Ocurre a veces que los organismos o entidades analizados desarrollan actividades de tal carácter y al mismo tiempo otras de carácter público a las que no puede atribuirse dicha condición. Es decir, que atienden funciones duales, de carácter inequívocamente público unas, y de naturaleza mercantil otras. El problema de saber si ha de darse preferencia a unas u otras tiene que resolverse dependiendo de los recursos y tiempo de actividad que resultan preponderantes. Pero desde la Sentencia *Mannesmann* de 15 de enero de 1998, la tendencia de la jurisprudencia comunitaria es favorable a la consideración de que las actividades mercantiles que desarrolla una entidad pública deben hacerse pesar de modo prevalente a la hora de decidir sobre la naturaleza general de sus actividades.

En la Instrucción n.º 1/2008, de 5 de febrero, dictada por el Abogado General del Estado, sobre contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado, se siguió el criterio de que todas las fundaciones tienen la condición necesaria de poderes adjudicadores, al no poderse constituir para fines mercantiles o industriales. Argumenta la Instrucción que el artículo 34.1 de la Constitución reconoce el derecho de fundación para fines de interés general. En desarrollo de este precepto lo mismo dice el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Esta caracterización impide que el objeto de las fundaciones pueda ser de carácter mercantil o industrial. Afirma la Abogacía del Estado que este criterio no queda desvirtuado por la posibilidad de que las fundaciones realicen actividades económicas, ya que éstas no pasan de ser actividades complementarias o accesorias de sus fines, situadas siempre en un plano secundario. Argumenta

también utilizando el artículo 46.1.b) de la Ley 50/2002 citada, donde está establecido que las fundaciones del sector público estatal sólo pueden realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, de lo que se sigue que si el ámbito competencial de éstas queda siempre comprendido en la satisfacción de fines públicos o de interés general, los fines de las fundaciones del sector público estatal habrán de ser necesariamente fines de interés general o públicos.

3. Principios y normas de la legislación de contratos del sector público que son aplicables a las fundaciones que tengan la condición de poderes adjudicadores: una panorámica general

Establecido lo anterior respecto de la aplicación de la Ley de Contratos a las fundaciones creadas por Administraciones o establecimientos públicos, con los condicionamientos y límites indicados, las páginas siguientes se limitarán a establecer un esquema de los principios y normas establecidas en aquella Ley, que deben tenerse en cuenta.

A) Distinción entre contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada

Esta distinción, que es capital a los efectos de la aplicación de las normas establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público, se apoya en la definición contenida en el artículo 13.1 de la misma:

«Son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 76, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador. Tendrán también la consideración de contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos subvencionados por estas entidades a los que se refiere el artículo 17».

La definición no aparenta ser excesivamente compleja, puesto que se nutre de unas cuantas nociones subordinadas que no son difíciles de precisar: a) se trata de contratos típicos, que se mencionan en el texto del precepto y en las categorías 1 a 16 del Anexo; b) se utiliza el criterio de la cuantía, con remisión al artículo 76 que es donde se establece el cálculo del valor estimado de los contratos. Con arreglo a estos criterios de estimación, se aplican luego los valores establecidos en los artículos 14, 15 y 16 para determinar cuándo estamos

ante contratos sometidos a una regulación armonizada, y c) la consideración de que siempre tienen la naturaleza de contratos sujetos a una regulación armonizada los subvencionados a que alude el artículo 17.

Cuando es una fundación el poder adjudicador, se aplica al procedimiento de adjudicación lo establecido con carácter general en la ley respecto de las Administraciones Públicas. Sin embargo, ello no afecta al fondo o régimen sustantivo del contrato, que se rige por las normas de Derecho privado. Derecho Administrativo, pues, respecto del procedimiento; Derecho privado en cuanto al fondo.

B) *Capacidad, perfil, aptitud*

Para determinar qué órgano competente de una fundación tiene capacidad para contratar, la regla general es la establecida en el párrafo 6 del artículo 291:

«6. La capacidad para contratar de los representantes legales de las sociedades y fundaciones del sector público estatal se regirá por lo dispuesto en los estatutos de estas entidades y por las normas de derecho privado que sean en cada caso de aplicación».

El artículo 42.1 establece la obligación de fijar el perfil del contratante en los siguientes términos:

«1. Con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por esta Ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se decida voluntariamente, los órganos de contratación difundirán, a través de Internet, su perfil de contratante. La forma de acceso al perfil de contratante deberá especificarse en las páginas Web institucionales que mantengan los entes del sector público, en la Plataforma de Contratación del Estado y en los pliegos y anuncios de licitación».

Respecto de los contratistas la ley distingue entre las condiciones de aptitud y la capacidad, condicionada ésta positivamente y también mediante un haz de prescripciones negativas o prohibitivas.

Las condiciones de aptitud del contratista son las que establece el artículo 43:

«1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia eco-

nómica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

2. Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

3. En los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 49».

La ley establece condiciones especiales de aptitud exigidas a las empresas no comunitarias en el artículo 44, y también normas especiales sobre capacidad que son de aplicación a las personas jurídicas (art. 46), a las empresas comunitarias (art. 47) y a las uniones de empresarios (art. 48). La prescripción más general respecto de la capacidad de las personas jurídicas es la establecida en el artículo 46, cuyo tenor literal es el siguiente:

«1. Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

2. Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberán ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica».

La acreditación de la capacidad de obrar se ha de llevar a cabo mediante la escritura o documento de constitución, estatutos o acto fundacional, que estén debidamente inscritos (art. 61.1).

Las prohibiciones de contratar están establecidas en el artículo 49: a) haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y otros; b) haber solicitado la declaración de concurso o hallarse declaradas en concurso, haber sido declaradas insolventes o sujetas a intervención judicial; c) haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materias de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, o similares;

d) no hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social; e) haber incurrido en falsedad al hacer la declaración responsable exigida por el artículo 130.1.c) o al facilitar documentos relativos a la capacidad y solvencia; f) estar incurso en conflictos de intereses en los supuestos establecidos para los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración; g) haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el BOE el incumplimiento de la legislación sobre incumplimiento de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado; h) el precepto establece otras prohibiciones específicas de contratar vinculadas al incumplimiento irregular en relación con los contratos celebrados con las Administraciones Públicas.

La Ley de Contratos impone también a los contratistas exigencias de solvencia, que el artículo 51 concreta del siguiente modo:

«1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo».

Las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar, se acredita mediante certificaciones del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (art. 72). También valen a tales efectos las certificaciones concernientes a la inscripción en listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidas por los Estados miembros de la Unión Europea (art. 73).

Es importante también la acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad y medioambientales, que los artículos 69 y 70 de la ley imponen en los siguientes términos:

«Artículo 69. *Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de la calidad.*

1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, cuando los órganos de contratación exijan la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple de-

terminadas normas de garantía de la calidad, deberán hacer referencia a los sistemas de aseguramiento de la calidad basados en la serie de normas europeas en la materia, certificados por organismos conformes a las normas europeas relativas a la certificación.

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía de la calidad que presenten los empresarios.

Artículo 70. *Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental.*

1. En los contratos sujetos a una regulación armonizada, los órganos de contratación podrán exigir la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que acrediten que el empresario cumple determinadas normas de gestión medioambiental, remitiéndose al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) o a las normas de gestión medioambiental basadas en las normas europeas o internacionales en la materia y certificadas por organismos conformes a la legislación comunitaria o a las normas europeas o internacionales relativas a la certificación.

2. Los órganos de contratación reconocerán los certificados equivalentes expedidos por organismos establecidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea y también aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de gestión medioambiental que presenten los empresarios».

C) *Objeto y precio del contrato*

Las normas sobre objeto y precio del contrato establecidas en los artículos 74 y siguientes de la ley son también aplicables a las fundaciones cuando son poderes adjudicadores. Es de notar, sin embargo, en lo que concierne al precio, que el aplazamiento del pago, prohibido con carácter general en el párrafo 7 del artículo 75, sólo está prevista para las Administraciones Públicas, pero no para los organismos que no tengan tal carácter, como ocurre con las fundaciones.

Las exigencias concernientes al objeto del contrato en el artículo 74 son las siguientes:

«1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.

2. No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.

3. Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Asimismo podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2».

Y lo que se refiere al precio, es aplicable el régimen general establecido en el artículo 75, con la excepción, ya indicada, de lo previsto sobre aplazamiento de precio en el párrafo 7, que sólo es aplicable a las Administraciones Públicas. La regla general en cuanto a precios es la que consigna el párrafo 1 del indicado precepto:

«1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados».

D) *Plazos*

Las reglas establecidas en el artículo 23 respecto de los contratos tienen aplicación general a todo el sector público. Son las siguientes:

«1. Sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

2. El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas

y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.

3. Los contratos menores definidos en el artículo 122.3 no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga».

E) *Forma de los contratos*

La contratación por parte de las fundaciones, como con cualquier otro organismo o establecimiento público, ha de revestir un carácter formal. También se aplica a ellas la exclusión de la contratación verbal.

El principio de carácter formal de la contratación del sector público está expresado en el artículo 28 de la ley.

«1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 97.1, carácter de emergencia.

2. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 140, sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 95».

A pesar de que algunas exigencias establecidas sobre el procedimiento de adjudicación de contratos sólo se aplican imperativamente a las Administraciones Públicas, como por ejemplo el establecimiento de una mesa de contratación a que se refiere el artículo 161, ningún precepto de la ley excluye que puedan utilizar el mismo método las fundaciones del sector público u otro procedimiento que se asemeje.

Tampoco es aplicable a las fundaciones con el mismo rigor el régimen de expedientes, establecimiento de pliegos a que ha de sujetarse la contratación, ya que los preceptos reguladores (arts. 93 a 104) aluden a los contratos celebrados «por parte de las Administraciones Públicas». Esta circunstancia no excluye, sin embargo, la necesidad de elaborar pliegos por poderes adjudicadores, como las fundaciones, que no tienen la consideración de Administraciones Públicas en la Ley de Contratos. A este respecto, por ejemplo, el artículo 121.1, en relación con el establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos, dice lo siguiente:

«1. En los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, que estén sujetos a regulación

armonizada o que sean contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, así como en los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, deberán observarse las reglas establecidas en el artículo 101 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas, siendo igualmente de aplicación lo previsto en los artículos 102 a 104. Si la celebración del contrato es necesaria para atender una necesidad inaplazable o si resulta preciso acelerar la adjudicación por razones de interés público, el órgano de contratación podrá declarar urgente su tramitación, motivándolo debidamente en la documentación preparatoria. En este caso será de aplicación lo previsto en el artículo 96.2.b) sobre reducción de plazos».

Las reglas establecidas en materia de procedimientos abreviados (arts. 141 y siguientes), restringidos (arts. 146 y siguientes), negociados (art. 153), con o sin publicidad (arts. 161 y 162), diálogo competitivo (art. 163) y contratos menores, son aplicables también a las fundaciones que tengan también la condición de poderes adjudicadores.

Lo mismo cabe decir respecto de la distinción entre la separación entre la adjudicación provisional y la definitiva, que tiene una relevancia notoria por proyectarse sobre las garantías que la ley establece para asegurar la igualdad de derechos, la neutralidad y objetividad en la adjudicación.

F) *Contenido de los contratos y garantías*

El contenido mínimo de los contratos está definido de modo pormenorizado y fácilmente entendible en el artículo 26 de la ley:

«1. Salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

- a) La identificación de las partes.
- b) La acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato.
- c) Definición del objeto del contrato.
- d) Referencia a la legislación aplicable al contrato.
- e) La enumeración de los documentos que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para

determinar la prevalencia respectiva, en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos.

f) El precio cierto, o el modo de determinarlo.

g) La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.

h) Las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones.

i) Las condiciones de pago.

j) Los supuestos en que procede la resolución.

k) El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.

l) La extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista.

2. El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos».

Son aplicables también a las fundaciones las obligaciones de comunicación al Registro de Contratos del Sector Público de los datos básicos y otras circunstancias, como las modificaciones y prórrogas, de los contratos adjudicados (art. 308).

Sin perjuicio del contenido mínimo de los contratos, rige para todos ellos el principio de libertad de pactos que consagra el artículo 25 de la ley:

«1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

2. Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante».

El artículo 194 de la ley establece las prerrogativas que corresponden a las Administraciones Públicas como contratantes (interpretación, resolución de dudas, modificaciones por razones de interés público, resolución, revisión de

precios, cesiones de contratos, etc.). Todas ellas están asignadas a las Administraciones Públicas, y no a otras entidades sometidas a la ley por su condición de poderes adjudicadores, como ocurre con las fundaciones del sector público. No obstante, nada impide que en el marco de cada contrato en concreto, y en aplicación del principio de libertad de pactos, puedan reconocerse a la entidad contratante prerrogativas similares.

Pero el régimen general tanto en materia de prerrogativas como en lo concerniente a la resolución del contrato es el establecido en el Derecho privado (respecto de esto último arts. 1.124 y 1.255).

En lo que concierne a las garantías, los supuestos en los que son exigibles y su régimen son los previstos en el artículo 92 de la ley:

«1. En los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación provisional y, en su caso, definitiva del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

2. El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 84, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato».

G) *Impugnaciones*

Transcribo, por último, las reglas particulares establecidas en la Ley de 2007, que regula un recurso especial en materia de contratación (art. 37), la posibilidad de adoptar medidas provisionales (art. 38), y el sometimiento a arbitraje (art. 39).

«Artículo 37. *Recurso especial en materia de contratación.*

1. Las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo, sin que proceda la interposición de recursos

administrativos ordinarios contra los mismos. No se dará este recurso en relación con los actos dictados en procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 97.

2. Serán susceptibles de recurso especial los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que estos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el párrafo anterior podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación provisional.

3. El recurso podrá interponerse por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso y, en todo caso, por los licitadores.

4. Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las Comunidades Autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública. En este último caso, cuando la entidad contratante esté vinculada con más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración Pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la primeramente concedida.

5. Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación se entenderá delegada

conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá el correspondiente recurso.

6. El plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación será de diez días hábiles, contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique o publique el acto impugnado. En el caso de que el acto recurrido sea el de adjudicación provisional del contrato, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se publique el mismo en un diario oficial o en el perfil de contratante del órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 135.4.

La presentación del escrito de interposición deberá hacerse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso. La subsanación de los defectos de este escrito deberá efectuarse, en su caso, en el plazo de tres días hábiles.

En el caso de que el procedimiento de adjudicación del contrato se tramite por la vía de urgencia prevista en el artículo 96, el plazo para la interposición del recurso será de siete días hábiles y el de subsanación de dos días hábiles.

7. Si el acto recurrido es el de adjudicación provisional, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación hasta que se resuelva expresamente el recurso, sin que pueda, por tanto, procederse a la adjudicación definitiva y formalización del contrato. No obstante, si el recurso se hubiese interpuesto contra el acto de adjudicación provisional de un acuerdo marco del que puedan ser parte un número no limitado de empresarios, el órgano competente para resolverlo podrá levantar la suspensión una vez transcurridos cinco días hábiles desde su interposición.

8. Interpuesto el recurso, se dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y se reclamará el expediente, en su caso, a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, que deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe. Los licitadores tendrán, en todo caso, la condición de interesados en el procedimiento de recurso.

9. Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose la resolución a todos los interesados. En todo caso, transcurridos veinte días hábiles

contados desde el siguiente a la interposición del recurso sin que se haya notificado su resolución, el interesado podrá considerarlo desestimado a los efectos de interponer recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver expresamente y del mantenimiento, hasta que ello se produzca, de la suspensión establecida en el apartado 7, en su caso.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, sobre la retroacción de actuaciones, o sobre la concesión de una indemnización a las personas perjudicadas por una infracción procedimental.

Si la resolución del recurso acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el artículo 135.4, segundo párrafo.

10. Contra la resolución del recurso sólo procederá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Artículo 38. *Medidas provisionales.*

1. En los procedimientos para la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto afectados por decisiones adoptadas por la Administración o entidad contratante y, en todo caso, los licitadores, podrán solicitar la adopción de medidas provisionales para corregir infracciones de procedimiento o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación. Esta solicitud podrá formularse al tiempo de presentarse el recurso especial en materia de contratación regula-

do en el artículo anterior o, de forma independiente, con anterioridad a su interposición.

2. Serán órganos competentes para adoptar las medidas provisionales los señalados en el apartado 4 del artículo anterior.

3. La decisión sobre las medidas provisionales deberá producirse dentro de los dos días hábiles siguientes, a la presentación del recurso o escrito en que se soliciten, entendiéndose denegada esta petición en el caso de no recaer resolución expresa sobre el particular en este plazo.

4. Cuando de la adopción de las medidas provisionales puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, la resolución podrá imponer la constitución de caución o garantía suficiente para responder de ellos, sin que aquellas produzcan efectos hasta que dicha caución o garantía sea constituida.

5. La suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará, en ningún caso, al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados.

6. Las medidas provisionales que se soliciten y acuerden con anterioridad a la presentación del recurso especial en materia de contratación decaerán una vez transcurra el plazo establecido para su interposición sin que el interesado lo haya deducido.

Artículo 39. *Arbitraje.*

Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren».

**EL RÉGIMEN JURÍDICO
DE LAS FUNDACIONES EN LAS CC.AA.**

Legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de fundaciones

José Luis Bermejo Latre

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. LAS COMPETENCIAS ESTATUTARIAS EN MATERIA DE FUNDACIONES.—II. LA EXISTENCIA DE MERAS NORMAS ORGÁNICAS FRENTE A LA AUSENCIA DE REGULACIÓN SUSTANTIVA.—III. EL CASO PARTICULAR DE LAS FUNDACIONES PRIVADAS DE INICIATIVA PÚBLICA.—IV. CONCLUSIONES.

I. Las competencias estatutarias en materia de fundaciones

El nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, recoge en su artículo 71.40.^a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre las «asociaciones y fundaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial, deportivo y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón». No siendo éste lugar adecuado para valorar el alcance de semejante título competencial, baste señalar que la también competencia exclusiva sobre «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes» atribuida a la Comunidad Autónoma por el artículo 71.2 del citado Estatuto, no resulta suficiente para considerar realmente exclusiva dicha competencia, puesto que el Derecho civil especial de la Comunidad aragonesa no recoge mención alguna en sus textos históricos a la institución fundacional. En efecto, las fundaciones son materia objeto de la legislación civil de ámbito estatal, tal y como dispone el artículo 149.1.8 del texto constitucional. Así pues, la competencia autonómica sobre fundaciones debe entenderse, como tantas otras, pretendidamente exclusiva.

La aparición en la versión originaria del Estatuto aragonés (Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto) de una competencia material sobre las fundaciones tuvo lugar por obra de la llamada «reforma corta del Estatuto», operada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo ¹. En lo relativo a las fundacio-

¹ Esta Ley Orgánica no hizo sino incorporar al Estatuto, como texto propio y dotado así del máximo rango jurídico-político, las competencias anteriormente transferidas a la Comuni-

nes, se modificó el catálogo competencial para introducir un nuevo artículo 35.1.27, habilitando a la Comunidad Autónoma para legislar en exclusiva sobre las fundaciones que desarrollasen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma. Poco tiempo más tarde, la conocida como «reforma larga del Estatuto», operada por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, completaría dicho título competencial ampliando su tenor literal al siguiente: «Fundaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón». A su vez, también en la «reforma larga» se introdujo un nuevo artículo 39.11 para apoderar a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de ejecución de la legislación estatal en materia de «asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón», materia ésta que ha quedado equiparada a la relativa a las fundaciones, de cara a su consideración como competencia —insisto, pretendidamente— exclusiva.

Por su parte, la efectividad de la competencia adquirida en 1994 tuvo lugar en virtud del Real Decreto 569/1995, de 7 de abril, *sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de fundaciones*. Esta norma transfirió a la Administración aragonesa las funciones que la Administración del Estado venía realizando respecto de las fundaciones que desarrollan principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón. Sin embargo, el citado Real Decreto reservaba a «los Ministerios respectivos» el ejercicio de funciones y actividades relativas a la tutela de las fundaciones que no desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma de Aragón. En consecuencia, tanto por mandato estatutario como por reserva de la norma estatal de traspaso de competencias, el criterio delimitador de las potestades normativas y ejecutivas en materia de fundaciones es el ámbito territorial principal de desarrollo de las actividades fundacionales, el cual resulta de lo dispuesto en la propia carta fundacional, de la inscripción en el Registro específico llevado por la Administración autonómica o, en última instancia, del análisis concreto de las operaciones de cada fundación.

dad Autónoma en virtud de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, *de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución*, Ley que, a su vez, traía causa de los llamados «Acuerdos Autonómicos» firmados el 28 de febrero de 1992.

II. La existencia de meras normas orgánicas frente a la ausencia de regulación sustantiva

La única norma promulgada por la Comunidad Autónoma en ejercicio de la competencia sobre fundaciones fue inmediata a la adquisición de ésta, pero carente de sustantividad. En efecto, el Decreto 276/1995, de 19 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, *por el que se regulan las competencias en materia de fundaciones y se crea el Registro de Fundaciones*, se limitó a atribuir al entonces Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales las funciones propias del protectorado sobre las fundaciones de competencia de la Diputación General de Aragón (las que desarrollan principalmente sus actividades en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma), y a ordenar el régimen de funcionamiento del Registro de Fundaciones ². A su vez, los aspectos de detalle relativos al citado Registro fueron regulados por la Orden de 16 de abril de 1996, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, *referente al funcionamiento del Registro de Fundaciones de la Comunidad Autónoma*.

Esta norma ha sobrevivido a los sucesivos cambios orgánicos ocurridos en la Administración autonómica y, en la actual legislatura, la aplicación de la misma compete al Departamento de Política Territorial, Justicia e Interior. Así resulta del artículo 5 del Decreto de 6 de julio de 2007, de la Presidencia del Gobierno de Aragón, *por el que se modifica la organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón*, y de su posterior confirmación en el artículo 1.c) del Decreto 225/2007, de 18 de septiembre, del Gobierno de Aragón, *por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Política Territorial, Justicia e Interior*.

En efecto, en virtud de ambas normas, corresponde al citado Departamento el ejercicio de las competencias en materia de fundaciones, competencias cuya gestión lleva a cabo la Dirección General de Interior a través del Servicio de Régimen Jurídico y Registros, en virtud del artículo 16.1.a) del Decreto 225/2007. Las competencias, tal y como se enuncian en el artículo 17 b), d) y f) de este último Decreto, se resumen en la gestión del Registro de Fundaciones, la elaboración de los proyectos normativos en materia de fundaciones, así como la iniciación, tramitación, propuesta y, en su caso, resolución, de cuantos procedimientos están previstos en la legislación sobre fundaciones.

² Este Decreto fue modificado en su día por el 25/2004, de 10 de febrero, en el sentido de eliminar el deber de someter a informe previo de los servicios jurídicos las resoluciones que, en uso de las competencias en materia de fundaciones, adoptase el Consejero.

III. El caso particular de las fundaciones privadas de iniciativa pública

La Comunidad Autónoma de Aragón ejerció su competencia sobre fundaciones de manera sustantiva por primera y única vez a raíz de las críticas elevadas por la doctrina respecto a la proliferación de las fundaciones privadas de iniciativa pública (también denominadas académicamente «fundaciones en mano pública» o «fundaciones constituidas por poderes públicos»), aparecidas en la escena institucional española al amparo del entonces vigente artículo 6 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, *de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general*³.

La regulación aragonesa trató de mitigar la amenaza de «huida del Derecho administrativo» mediante el artículo 2 de la Ley 12/1998, de 22 de diciembre, *de medidas tributarias, financieras y administrativas*, que se convirtió así en el primer vehículo de introducción de la regulación de este fenómeno. El citado precepto vino a introducir un nuevo artículo 7 bis en la Ley de la Hacienda de la Comunidad Autónoma (que hoy luce en el art. 8 del Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de julio, del Gobierno de Aragón, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón*), con la cuádruple finalidad de someter estas fundaciones al control financiero previsto en la normativa hacendística autonómica, exigirles la preceptiva autorización del Departamento competente en materia de hacienda para la apertura de cuentas en entidades financieras, imponerles el deber de formar presupuesto de explotación (y de capital, en el caso de que reciban subvenciones de esta naturaleza) y requerir la autorización del Gobierno de Aragón para la creación y extinción de estas fundaciones, así como para la adquisición y pérdida de la posición administrativa mayoritaria en las mismas. Como puede apreciarse, el criterio definidor de la dependencia de estas fundaciones respecto de la Administración de la Comunidad Autónoma matriz es la representación administrativa mayoritaria —directa o indirecta— en las mismas, entendiéndose por tal la «capacidad de nombramiento, directamente o a través de sus organismos públicos y empresas, de más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección, administración o vigilancia», o su aportación mayoritaria al capital fundacional (*sic*) o a la constitución de sus recursos propios.

³ Las primeras voces elevadas frente a la problemática relativa a este nuevo tipo de fundaciones fueron las de PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 97, 1998, pp. 37-63; y J. L. BERMEJO LATRE, «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la huida del Derecho Administrativo», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XIX. Tomo I. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 935-960.

Esta primera contemplación de los aspectos hacendísticos de las fundaciones privadas de iniciativa pública dio paso a un tímido intento de regulación general de las fundaciones privadas creadas a iniciativa de la Administración autonómica, que no ha pasado de la marginal disposición adicional octava del Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón*.

Esta disposición persevera en la denominación de fundaciones privadas de iniciativa pública y como tales considera a aquéllas constituidas por la Administración de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos o participadas con otras entidades públicas o privadas y particulares. La norma perfila la exigencia de autorización del Gobierno de Aragón, en el sentido de que dicha autorización debe revestir la forma de Decreto en el que se determinen las condiciones que deba cumplir la creación de la fundación. Asimismo, prohíbe la encomienda a estos entes del desempeño de servicios públicos cuya prestación en régimen de fundación no se halle legalmente prevista. También pretende incomunicar los patrimonios de Administración u organismo público fundadores y fundación con el fin de abortar el nexo de imputación a efectos de exigencia de responsabilidad patrimonial subsidiaria, en su caso. Finalmente, la disposición adicional de marras atribuye un régimen jurídico privado a la contratación de estas fundaciones, sin perjuicio de la atención a los principios de publicidad y transparencia propios de la actuación de la Administración pública fundadora; en sintonía con ello, predica el carácter laboral exclusivo de sus relaciones de empleo.

La última de las peculiaridades de la regulación llevada a cabo por la Comunidad Autónoma aragonesa reside en otra breve, aunque muy significativa, mención legislativa: en el artículo 217 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, *de Administración Local de Aragón*, se atiende específicamente al fenómeno de la constitución de fundaciones por parte de entidades locales, como forma de prestación de los servicios y actividades de su competencia. En este sentido, y en ejercicio de las competencias sobre el régimen local, la citada Ley completa la facultad de fundar de las entidades locales (ya reconocida implícitamente en la normativa estatal) con una garantía formal añadida, cual es la de la necesidad de una mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación —independientemente de su presencia en la correspondiente sesión del Pleno— para la toma del acuerdo de constitución de la fundación. Este original precepto ha sido posteriormente desarrollado por los artículos 317 a 320 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, *por el que se aprueba el reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón*, artículos que trasladan inteligentemente al ámbito local algunas de las soluciones regulatorias alumbradas para el ámbito autonómico. Entre estas so-

luciones se cuenta la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia a la contratación de obras, servicios y suministros de estas fundaciones; la comunicación de las relaciones de empleo de la fundación con las de la entidad local; la exigencia de un procedimiento previo justificativo de la conveniencia de la creación o participación en una fundación para la realización de los fines a cumplir, así como de la aportación de fondos públicos a la misma; la sumisión del control de la actividad financiera fundacional a las normas reguladoras de las haciendas locales, control añadido a las facultades de la Administración autonómica en el ejercicio del protectorado sobre las fundaciones; y la obligatoriedad de la previsión estatutaria de la adjudicación de los bienes y derechos resultantes de la eventual liquidación de la fundación extinguida a la entidad local matriz, entre otras.

IV. Conclusiones

La asunción de competencias pretendidamente exclusivas en materia de fundaciones por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón data de 1994, como resultado de la transferencia de competencias saliente de los Acuerdos Autonómicos de 1992. A pesar de ello, la Comunidad Autónoma de Aragón no ha promulgado normativa sustantiva al respecto, a excepción de un conjunto disperso de normas relativas a las fundaciones de iniciativa pública (término con el que se conoce a las fundaciones que la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, *de fundaciones*, denomina «fundaciones del sector público»), y de las normas orgánicas de distribución interna de competencias administrativas en la materia y de regulación del Registro autonómico de fundaciones.

Las normas sustantivas, referidas a las fundaciones constituidas o participadas por la Administración autonómica o por las entidades locales aragonesas, atienden de manera desigual a los aspectos hacendísticos y administrativos de este tipo de fundaciones⁴. No obstante, cabe realizar una lectura conjunta de las mismas, a los efectos de comparar sus disposiciones con las recogidas en la Ley estatal de Fundaciones y advertir las similitudes y diferencias entre el modelo estatal y el autonómico.

⁴ Se trata del artículo 8 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de julio, del Gobierno de Aragón); disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (Decreto Legislativo 2/2001, de 3 de julio, del Gobierno de Aragón); artículo 217 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, y artículos 317 a 320 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón.

En primer lugar, el criterio definidor de la vinculación de estas fundaciones respecto de la Administración fundadora es el mismo, aunque tratado de modo diverso: en la legislación aragonesa se recoge el factor orgánico (la representación administrativa mayoritaria en el patronato de las mismas) como alternativa al factor patrimonial (aportación o patrimonio fundacional permanente mayoritariamente dotados por la Administración matriz) para categorizar este tipo de fundaciones, mientras que en la legislación estatal el factor patrimonial acompaña al orgánico, el cual se constituye en impostergable.

En segundo término, y con ligeras diferencias formales, ambas normativas exigen autorización gubernativa del más alto nivel (Decreto del Gobierno de Aragón, autorización previa del Consejo de Ministros y acuerdo adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación local) para la constitución, transformación, fusión y extinción de estas fundaciones.

En tercer lugar, en ambas normativas se limita el horizonte funcional de estas fundaciones, si bien con distinto alcance: en la aragonesa se prohíbe la encomienda del desempeño de servicios públicos cuya prestación en régimen de fundación no se halle legalmente prevista, mientras que en la estatal, la prohibición abarca cualquier ejercicio de potestades públicas, a la par que esta normativa limita sus actividades al estricto ámbito competencial de las entidades fundadoras, con carácter meramente auxiliar de éstas, y prohíbe el traslado de sus competencias salvo previsión legal expresa.

En cuarto término, en ambas normas se prevé la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia a la actividad contractual de estas fundaciones (principios a los que la norma estatal añade el de objetividad, y la aragonesa el de transparencia) a salvo de la excepción contenida en la norma estatal en función de la eventual incompatibilidad entre la operación a realizar y los citados principios. En lo tocante al régimen de empleo, la normativa aragonesa revela expresamente su condición laboral, condición que sólo cabe inferir de la normativa estatal, la cual únicamente se preocupa de sujetar la selección del personal a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria (sujeción ausente de las normas aragonesas).

En quinto lugar, la exigencia de un procedimiento administrativo justificativo de la conveniencia de la creación o participación en una fundación, así como de la aportación de fondos públicos a la misma, aparece en ambas normativas, si bien formulada de distinta manera, más perfilada y completa en la legislación estatal.

Otra constante, también expresada con distinto tenor literal pero con los mismos efectos en ambas normativas, es la sumisión de la actividad financiera de estas fundaciones a los típicos controles derivados de las normas hacendísti-

cas. Como particularidades de la legislación aragonesa cabe destacar la necesidad de autorización administrativa para la apertura de cuentas en entidades financieras, la imposición a las fundaciones del deber de formar presupuesto, las cautelas para la incomunicación de los patrimonios de estas fundaciones con los de sus entes fundadores y la obligatoriedad de la reversión del patrimonio remanente de fundaciones eventualmente liquidadas (prevista sólo en el caso de fundaciones de génesis local); de parte de la normativa estatal, existe una remisión genérica a la Ley General Presupuestaria, una atribución de competencias a la Intervención General de la Administración General del Estado para la auditoría externa de estas fundaciones, y una invocación de los principios de publicidad, concurrencia y objetividad en el caso de que la actividad exclusiva o principal fundacional sea la disposición dineraria de fondos provenientes del sector público estatal.

En conclusión, el análisis de las normas propias de la Comunidad Autónoma en materia de fundaciones y su comparación con lo dispuesto en la legislación estatal no ofrece datos especialmente significativos ni permite destacar originalidades de relieve. En efecto, sólo algunos aspectos administrativos y hacendísticos de un tipo concreto de fundaciones (las constituidas o participadas por la Administración autonómica o por las entidades locales aragonesas) ha sido objeto de regulación en ejercicio de la competencia autonómica, y quizás el hecho de que esta regulación precediera a la recogida en la ley estatal, explica las afinidades de fondo pero diferencias de forma entre el régimen estatal y autonómico aragonés dedicado a las fundaciones.

La legislación de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco

Edorta Cobreros Mendazona

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LEGISLACIÓN DE FUNDACIONES DEL PAÍS VASCO.

I. Introducción

La normativa vigente en el País Vasco está compuesta por la Ley de Fundaciones del País Vasco y por dos decretos que la desarrollan: el Reglamento del Protectorado y el del Registro de Fundaciones.

Más precisamente, se trata de la *Ley de Fundaciones del País Vasco* 12/1994, de 17 de junio (en adelante LFPV), modificada en dos ocasiones: la primera, con la Ley 13/1998, de 29 de mayo, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que derogó la disposición final primera, relativa a las tasas por actuaciones del Registro de Asociaciones y del Registro de Fundaciones (que, a su vez, había modificado la Ley de Tasas y Precios Públicos de 1990); y la segunda, para una reforma de mayor entidad, con la Ley 7/2007, de 22 de junio, de Asociaciones de Euskadi, por la que se añade una nueva disposición adicional cuarta, relativa al régimen de las fundaciones constituidas por personas jurídicas públicas.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo son el Decreto 100/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco (en adelante, RPPV) y el Decreto 101/2007, de 19 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones (en adelante, RRPV), que sustituyeron (derogándolo en su integridad) al Decreto 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco.

Presentado el panorama normativo, lo primero que hay que recordar es que la Ley vasca de 1994 —dictada al amparo del título competencial previsto en el art. 10.13 del Estatuto Vasco: «Fundaciones y Asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similar, en tanto desarrollen

principalmente sus funciones en el País Vasco»— es incluso anterior a la primera regulación general del derecho de fundación, tras su reconocimiento en el artículo 34 de la Constitución (repárese en que la Ley estatal 30/1994, de Fundaciones e Incentivos Fiscales para la participación privada en actividades de interés general, es de 24 de noviembre, por tanto seis meses posterior en el tiempo). En este sentido, puede decirse que la Ley vasca fue pionera a la hora de dar un tratamiento más flexible a algunos de sus aspectos y, sobre todo, de otorgarles a las fundaciones un régimen jurídico completo.

A continuación se irán analizando los aspectos más destacables de esta normativa, prestando atención a lo que resulta más específico, teniendo como telón de fondo la vigente Ley estatal de Fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre; en adelante, LF) e incluyendo, en su caso, los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que se hubieran producido.

II. La legislación de fundaciones del País Vasco

1. La Ley elude, conscientemente, aportar una definición legal de fundación (*vid.* el apartado II de su Exposición de Motivos), pero sí dice que las fundaciones objeto de regulación en esta Ley son, de conformidad con la atribución competencial estatutaria ya mencionada, aquellas que desarrollan sus funciones principalmente en el País Vasco. Y para dilucidar cuándo se produce tal efecto, habrá de atenderse a lo que dispongan sus Estatutos, a los que la propia Ley exige que precisen tanto el domicilio de la fundación —que deberá radicar en la Comunidad Autónoma del País Vasco— como el ámbito territorial en el que hayan de desarrollar principalmente sus actividades [arts. 2 y 7.1.c) y d) LFPV]. Ahora bien, las fundaciones que no reúnan tal requisito (el del desarrollo principal de sus funciones en tal ámbito territorial, como se ha dicho) podrán inscribir en el Registro las delegaciones o sedes que tuvieran en el País Vasco (disp. adic. primera LFPV y art. 2.4 RRPV).

Recuérdese también que, a efectos registrales, la Ley estatal dispone que las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, deberán mantener una delegación y, por lo que aquí más interesa, inscribirse en el Registro de Fundaciones competente en función del ámbito en el que desarrollen principalmente sus actividades (art. 7.1 LF).

2. A diferencia de la Ley estatal —que enumera *ad exemplum* una serie de fines de interés general de las fundaciones (*vid.* el art. 3.1 LF)—, la Ley vasca se limita a requerir que su finalidad debe ser lícita, servir a un interés general y beneficiar a personas no individualmente determinadas (art. 3.1 LFPV). Explicándose, eso sí, la prohibición de constituir fundaciones cuya finalidad fuera des-

tinar sus prestaciones a los cónyuges o parientes del fundador hasta el cuarto grado inclusive (art. 3.2 LFPV); adviértase que la equivalente prohibición establecida en la Ley estatal lo es para las fundaciones cuya finalidad *principal* sea la de destinar sus prestaciones a los sujetos establecidos en el artículo 3.2 LF.

Aunque, como se acaba de señalar, no hay una referencia ni siquiera abierta a las finalidades propias de las fundaciones, el Reglamento del Registro establece cuatro secciones en su seno, lo que puede resultar indicativo: la Sección Primera comprende las fundaciones docentes y dedicadas a la investigación; la Sección Segunda las benéfico-asistenciales y laborales; la Sección Tercera las culturales, juveniles y deportivas, y la Sección Cuarta comprende las restantes fundaciones (art. 2.2 RRPV).

3. Pueden constituir fundaciones las personas físicas o jurídicas y, entre estas últimas, tanto las privadas como las públicas.

Por lo que se refiere a las personas jurídicas (privadas), se requiere el acuerdo válidamente adoptado por el órgano competente para ello, en el que se manifieste su voluntad de constituir una fundación, así como la designación de quien por ellas actúe (art. 4.3 LFPV).

4. Respecto a las personas jurídico-públicas, la Ley vasca prevé que podrán constituir fundaciones o participar con otras entidades o particulares en la constitución de fundaciones, de conformidad con lo que las leyes o disposiciones por las que se rijan establezcan para este supuesto y, en su defecto, las normas para la disposición a título gratuito de los bienes o derechos que aporten.

Ahora bien, ya se ha indicado al comienzo que la modificación más importante de esta Ley vasca de 1994 fue la introducida en 2007 para añadir una disposición adicional (la cuarta), a fin de regular más ampliamente las «Fundaciones constituidas por personas jurídicas públicas». De esta regulación merecen destacarse los siguientes aspectos.

A) En primer lugar, quedan englobados en esta regulación también los supuestos de constitución o participación de fundaciones por parte de sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca mayoritariamente a una o varias personas jurídicas públicas y, en general, los supuestos de constitución o participación de fundaciones por cualquier otro ente instrumental de dichas personas jurídicas (disp. adic. cuarta.4 LFPV).

B) Se establece expresamente, para estos casos, el conocido límite de que, en la realización de las actividades de interés general para cuya consecución se han creado tales fundaciones, ello no suponga la asunción «del ejercicio de potestades públicas o de la prestación de servicios públicos obligatorios» (disp. adic. cuarta.1 LFPV).

Ahora bien, tenemos una línea jurisprudencial consolidada por la que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no ha puesto ninguna objeción al enjuiciamiento de convocatorias de ayudas realizadas por la Fundación Vasca para la Formación Profesional continua (HOBETUZ), que es una entidad «tripartita»: la Confederación Empresarial Vasca Confebask, de un lado, las centrales sindicales ELA, CC.OO., UGT y LAB, de otro, y, por último, el Gobierno Vasco, que conforman su Patronato. Así las Sentencias de 16 de marzo de 2001 (rec. núm. 3578/1997), de 30 de marzo de 2001 (rec. núm. 3811/1997) y de 11 de febrero de 2003 (rec. núm. 3310/1998) no plantean objeción alguna de falta de jurisdicción y la única referencia indirecta que podemos encontrar (en la última de las sentencias mencionadas, cuando ya las dos anteriores habían resuelto derechamente el fondo del asunto) es que «el Sindicato recurrente sostiene la competencia de esta jurisdicción para el conocimiento del recurso, porque aunque HOBETUZ es una persona jurídico privada, creada al amparo de la Ley 12/1994 de la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre Fundaciones, ejerce en el acto recurrido funciones de naturaleza pública administrativa, por delegación de las Administraciones que aportaron los fondos económicos objeto de la subvención»; pero en el argumentario del órgano jurisdiccional no aparece referencia alguna a esta cuestión.

Por su parte, la Sentencia de 18 de septiembre de 2000 (rec. núm. 1396/1997), tampoco se plantea la menor cuestión para enjuiciar —y declarar conforme a Derecho— diversas resoluciones de la misma Fundación HOBETUZ, denegatorias de subvenciones para determinados planes de formación solicitados por una Confederación Sindical.

C) Por lo que se refiere al régimen de estas fundaciones constituidas o participadas por personas jurídicas públicas —adviértase que no se precisa que la participación o el patrimonio de origen público sea mayoritaria (como sí hace la Ley estatal en su art. 44, para poder considerarlas «fundaciones del sector público estatal»), pero parece lógico que así haya de sobrentenderse—. La Ley vasca establece que el Protectorado velará por que las contrataciones que realicen estas fundaciones se ajusten a la legislación aplicable en materia de contratación pública, así como por que la selección de su personal se rija por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria [disp. adic. cuarta.3.a) LFPV].

Asimismo, este tipo de fundaciones, cuando realicen directa o indirectamente actividades mercantiles o industriales ajustarán su actuación a los principios y normas de la libre competencia [disp. adic. cuarta.3.b) LFPV].

En fin, para el caso de extinción de una fundación constituida por personas jurídicas públicas —y consiguiente fase de liquidación patrimonial—, la Ley vasca establece que sus Estatutos o cláusulas fundacionales podrán prever que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a otras entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines análogos (art. 35.3 LFPV).

5. En cuanto a los modos de constitución de una fundación, la única especificidad de la Ley vasca es la consistente en que, si el acto fundacional lo es *mortis causa* y el fundador se hubiese limitado a establecer su voluntad de crear la fundación y disponer de los bienes de la dotación, la escritura pública en la que se contengan los demás requisitos legalmente exigidos se podrá otorgar por el «comisario foral». El testamento por comisario es una institución típica de Bizkaia —recogida en el art. 32, del Libro I (dedicado al Fuero de Bizkaia) de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco— por la que el testador aplaza sus decisiones, cuando la elección del heredero puede depender de futuras circunstancias, nombrando un comisario (que lo ordinario es que sea el cónyuge sobreviviente) para que éste decida tras la muerte de aquél; en definitiva, el testamento por comisario es el que otorga una persona a nombre de otra ya fallecida, en virtud del poder que ésta le había otorgado. Asimismo, el fundador podrá otorgar al comisario foral la facultad de ponderar las consecuencias de la calificación registral (art. 7, *in fine* LFPV).

Sin embargo, la Ley vasca no prevé (como sí lo hace la Ley estatal) la hipótesis de la no existencia de ningún heredero o que los obligados a hacerlo no cumplieran con la obligación de otorgar la escritura, para lo que está dispuesto que ésta sea otorgada por el Protectorado, previa autorización judicial (art. 9.4 LF), que habrá de entenderse también aplicable para las fundaciones vascas.

6. La adquisición de la personalidad jurídica se produce cuando se inscribe la escritura de constitución en el registro (art. 5.2 LFPV); previéndose, asimismo, que antes de la inscripción los fundadores podrán solicitar la calificación previa de los Estatutos fundacionales (art. 35 RRPV).

La inscripción es un acto reglado y, para el caso de denegación por no reunir los requisitos legalmente previstos, la resolución debe ser motivada (art. 5.3 LFPV) y se dictará en forma de Orden del Consejero competente (el de Justicia), en el ejercicio de sus funciones propias de Protectorado, agotando con ello la vía administrativa (art. 3 RRPV).

También hay que destacar ahora la existencia de una Comisión Asesora del Protectorado —a la que luego se hará una referencia— de la que forman parte los Departamentos del Gobierno Vasco con competencias en el ámbito

sectorial en el que desarrollen sus actividades, y cuyo informe favorable constituye un requisito imprescindible para la inscripción de la fundación (art. 40.2 LFPV y art. 36.4 RRPV).

El plazo para resolver y notificar sobre la inscripción registral es de seis meses, con posibilidad de subsanación (en cuyo caso tal plazo queda en suspenso, *ex art.* 26 RRPV).

En lo referente a la inscripción, el Tribunal Superior de Justicia ha dictado un par de sentencias que resulta pertinente mencionar aquí. Así, la S. de 25 de octubre de 2002 (rec. núm. 5587/1998) se plantea el supuesto de una denegación no expresa y, en lo que aquí interesa, como se adviera que la fundación sí tenía fines lícitos de interés general, declara no conforme a Derecho la desestimación presunta de inscripción y reconoce su derecho a ser incluida en el Registro de Fundaciones del País Vasco. Por su parte, la S. de 25 de octubre de 2004 (rec. núm. 804/2003) también se plantea un supuesto de denegación registral presunta, centrándose la cuestión en el régimen legal del silencio a este respecto y concluyendo la Sala (tras el análisis de lo dispuesto en el art. 37 LFPV) que el trascurso del plazo para inscribir la solicitud tiene efectos materiales de denegación de la inscripción (y no estimatorios, como pretendía la recurrente).

7. De los requisitos exigidos en la escritura pública de constitución, debe mencionarse la posibilidad de que el fundador o fundadores otorguen a la escritura pública el carácter de carta fundacional, con el fin de que puedan adherirse otras personas con el carácter de fundadores, para lo que habrá de fijarse el plazo de formulación de tal adhesión [art. 6.f) LFPV].

8. En cuanto a las prescripciones relativas al contenido de los Estatutos, la Ley vasca exige que en la denominación figure la palabra «fundación» (o sus equivalentes en euskera: «iraskundea» o «fundazioa») y que no coincida con ninguna otra anteriormente inscrita. Alguna precisión más puede encontrarse en el Reglamento del Registro, donde se señala que la denominación podrá hacer referencia al objeto fundacional (en cuyo caso habrá de modificarse cuando éste varíe) o de fantasía (art. 61.2 RRPV) y donde se establece una serie de prohibiciones al respecto (art. 63 RRPV).

9. No se exige cuantificadamente una dotación patrimonial mínima sino solamente que sea «suficiente». No obstante, como en la Ley estatal sí se establece la cifra de 30.000 euros —por debajo de la cual el fundador deberá justificar la adecuación y suficiencia para los fines que pretende mediante un programa acompañado de un estudio económico (art. 12.1 LF)— ese mismo umbral es el que juega en la práctica a efectos de exigencia o no de tal requisito formal adicional.

Eso sí, cuando la aportación se haga en forma sucesiva, el desembolso inicial no puede ser inferior al 30%, debiéndose aportar el resto en un plazo de cinco años, ampliable cuando se trate de derechos (art. 9.2 LFPV).

10. Sobre las disposiciones relativas a los patronos se pueden destacar los siguientes aspectos.

A) En primer lugar tenemos una peculiaridad terminológica, en el sentido de que la Ley vasca no requiere inexcusablemente que el órgano de gobierno de las fundaciones se denomine «patronato» (como es tradicional y se recoge en la Ley estatal), sino que puede adoptar otra denominación similar (art. 10.1 LFPV). De hecho, la Ley evita cuidadosamente tal término a lo largo de todo su articulado, prefiriendo la menos específica expresión de «órgano de gobierno».

Asimismo, el número mínimo de tres miembros lo es «salvo que el fundador haya establecido otra composición» (art. 10.3 LFPV).

B) El cargo de patrono, en el caso de personas físicas, deberá ejercerse personalmente y no podrá ser delegado (art. 11.4 LFPV), a diferencia de la Ley estatal, donde se permite que un patrono actúe en nombre y representación de otro (art. 15.5 LF).

C) Ahora bien, nunca debe olvidarse que sobre los aspectos que estamos tratando en este punto son decisivas las previsiones establecidas en los respectivos Estatutos. Un ejemplo de control por parte del Patronato (vía denegación de la inscripción de la modificación), en el caso de un nombramiento conflictivo de un Vicepresidente de una Fundación, lo tenemos en la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 15 de junio de 2007 (rec. núm. 247/06).

D) Dado que la Ley establece que, a falta de disposición expresa del fundador, los miembros del órgano de gobierno ejercen sus cargos gratuitamente (art. 18 LFPV), *sensu contrario* cabe prever expresamente una remuneración (advírtase la diferencia de matiz con respecto a lo dispuesto en el art. 16.4, párrafo segundo, LF).

Eso sí, queda explícitamente establecida la «interdicción de autocontratación». Así, los miembros del órgano de gobierno no podrán contratar con la fundación ya sea en nombre propio o de un tercero, salvo autorización del Protectorado (art. 14 LFPV; más desarrollado en el art. 12 RPPV).

E) Aunque no se dice de una manera expresa (como sí se recoge en la Ley estatal, art. 17.2 LF), la responsabilidad de los miembros del órgano de gobierno frente a la fundación habrá de entenderse solidaria. A estos efectos, el ejercicio de esta acción de responsabilidad, lógicamente, le corresponde al

Protectorado, que puede llevarla a cabo por propia iniciativa o «a solicitud razonable de quien tenga interés legítimo» (art. 15.4 LFPV); previéndose, asimismo, que los Departamentos del Gobierno Vasco competentes *ratione materiae* puedan instarle para que así lo haga (art. 36.4 LFPV).

F) Los supuestos de sustitución, cese y suspensión de los miembros del órgano de gobierno vienen regulados en la Ley, que exige que tales circunstancias se inscriban en el Registro de Fundaciones (art. 16.4 LFPV). Pues bien, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 20 de junio de 2003 (rec. núm. 1962/2001) ha tenido la oportunidad de precisar un poco más esta última circunstancia (especialmente, en cuanto a la firmeza de la Sentencia civil recaída al respecto).

11. Sobre las actividades empresariales que las fundaciones pueden llevar a cabo, la Ley vasca permite que las fundaciones desarrollen por sí mismas actividades mercantiles o industriales cuanto éstas tengan relación con los fines fundacionales o estén al servicio de los mismos. Pero en todos los demás supuestos realizarán tales actividades a través de sociedades, incluidas las de economía social, pero sólo de aquellas que tengan limitada la responsabilidad de sus socios (art. 25.1 y 2 LFPV; cfr. art. 24.2 y 3 LF).

Ahora bien, todas las actividades empresariales que realice la fundación deben ser comunicadas al Protectorado (art. 25.3 LFPV, más desarrollado en el art. 19 RPPV).

12. La Ley vasca recoge (en su art. 28) la cualidad de «fundación de relevancia económica» (que deberá constar específicamente en el Registro de Fundaciones), con la consecuencia de tener que efectuar una auditoría externa de cuentas.

Así, deberán someterse a este control contable, en todo caso, las fundaciones en las que se den las circunstancias que obligan a las sociedades anónimas, lo que nos remite a las previsiones del artículo 203 LSA, que establecen el sometimiento a la auditoría de cuentas, con carácter general, recogiendo las excepciones en su artículo 175. Dicho de manera más directa, las fundaciones que deben someterse a una auditoría de cuentas son aquellas que no encajan en los supuestos del artículo 175 LSA.

Pero, concretando más las previsiones del artículo 28.2 LFPV, el Reglamento del Protectorado extiende tal obligación a las fundaciones en las que concurran al menos dos de las siguientes circunstancias durante dos años consecutivos (art. 26.2 RPPV): a) que el valor del patrimonio de la fundación sea igual o superior a 2.000.000,00 de euros; b) que el volumen de actividades gestionadas por la fundación sea igual o superior a 3.000.000,00 de euros; c) la

realización por sí misma de actividades empresariales o participación superior al 5% en cualquier sociedad que tenga limitada la responsabilidad de sus socios; d) que el número o volumen de servicios remunerados por las personas beneficiarias predomine sustancialmente entre los prestados por la fundación; e) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio económico sea superior a 50.

13. Con respecto a la posibilidad de que las fundaciones cobren por sus servicios, la Ley vasca lo permite con tres requisitos: que no sea contrario a la voluntad fundacional, que el importe se destine a los fines fundacionales y que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios (art. 29 LFPV).

14. Sobre las disposiciones que regulan el Protectorado de las fundaciones del País Vasco podemos destacar que será ejercido por la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, a través del Departamento de Justicia y está asesorado por una Comisión Asesora (para más detalle, *vid.* los arts. 1 a 8 RPPV).

A) En la Ley vasca sólo se precisa que —como órgano administrativo que es— los actos del Protectorado que agoten la vía administrativa serán impugnables en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conforme a la legislación en vigor (art. 39 LFPV). Pero esto debe ser completado, como se indica en la Ley estatal (art. 43.3 LF), con la indicación de que, en todos los casos en los que la Ley requiere intervención judicial (arts. 15.4, 16.3, 31.3, 32.2, 33,d, 38.2 y 38.4 LFPV), se entiende referida a la jurisdicción civil y, más concretamente, al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación.

B) Para su función de control de las fundaciones, reglamentariamente se desarrolla con detalle lo que se denomina «verificación de actividades» (arts. 28 a 32 RPPV), para comprobar que efectivamente se cumplen los fines fundacionales, así como para verificar que sus recursos económicos han sido aplicados al cumplimiento de las finalidades fundacionales y que se han cumplido las obligaciones legales. Cuando haya indicios de incumplimiento (a estos efectos, el art. 28.2 RPPV aporta valiosos elementos), el Protectorado incoará un expediente de verificación —obviamente, con audiencia y vista del órgano de gobierno de la fundación— que, según lo que resulte de la comprobación, podrá finalizar con el archivo, el ejercicio de las acciones civiles que procedan e incluso con la remisión al Ministerio Fiscal.

C) Además de los casos de grave irregularidad en la gestión económica (regulados en el art. 38 LFPV, de similar manera a como lo hace el art. 42 LF), la Ley vasca regula otro supuesto de «gestión provisional» —«intervención

temporal», en la terminología de la Ley estatal— por parte del Protectorado, cual es la hipótesis de que la fundación carezca de órgano de gobierno (entendiendo que se produce tal circunstancia cuando la fundación se haya quedado sin ninguno de sus miembros o las vacantes existentes afecten de manera determinante a su normal funcionamiento (art. 11.2 RPPV) o éste haya sido suspendido de sus funciones por decisión judicial. En tal caso, el Protectorado (previa autorización del juez civil) podrá asumir provisionalmente la gestión de la actividad fundacional, por un máximo de dos años (plazo en el que se habrá de dotar a la fundación de los órganos estatutarios de gobierno o, si no, proceder a su disolución o liquidación).

15. Respecto a lo establecido para el Registro de Fundaciones del País Vasco sólo merece destacarse un par de aspectos.

A) Los asientos se extenderán en la lengua oficial de la Comunidad Autónoma Vasca en la que aparezcan redactados los documentos objeto de inscripción; esto es, en castellano o en euskera (art. 21.1 RRPV).

B) Finalmente, procede recordar que en la legislación estatal está previsto que, en el seno del Consejo Superior de Fundaciones (órgano consultivo integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las propias fundaciones), exista una Comisión de Cooperación e Información Registral integrada por representantes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, encargada de establecer mecanismos para la colaboración e información mutua entre los distintos registros, en particular en lo relativo a las denominaciones y a las comunicaciones sobre la inscripción y, en su caso, la extinción de fundaciones (art. 40 LF).

Normativa sobre fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra

Martín M.^a Razquin Lizarraga

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pública de Navarra

SUMARIO: I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA REGULACIÓN DEL FUERO NUEVO DE NAVARRA SOBRE FUNDACIONES, LA CONSTITUCIÓN Y EL AMEJORAMIENTO DEL FUERO.—II. LAS FUNDACIONES NAVARRAS O DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD FORAL.—III. EL DOBLE RÉGIMEN NORMATIVO FORAL SOBRE FUNDACIONES.—IV. EL RÉGIMEN CIVIL DE LAS FUNDACIONES: EL PRIMER RÉGIMEN NORMATIVO DE FUNDACIONES: 1. *Concepto, personalidad jurídica, fines, clases de fundación y actos de constitución*. 2. *Régimen de la fundación: libertad absoluta del fundador*. 3. *Organización de la fundación*. 4. *Reversión y extinción*.—V. EL RÉGIMEN DE LAS FUNDACIONES QUE SE ACOJAN AL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL DE FUNDACIONES: EL SEGUNDO RÉGIMEN NORMATIVO: 1. *Concepto, personalidad jurídica, fines y clases de fundaciones*. 2. *Régimen de la fundación: libertad condicionada del fundador*. 3. *Constitución, estatutos y dotación de la fundación*. 4. *Organización de la fundación*. 5. *Actuación de la fundación*. 6. *Disolución*.—VI. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL DE LAS FUNDACIONES: 1. *Impuesto sobre sociedades*. 2. *Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*. 3. *Tributos locales*.—VII. EL REGISTRO DE FUNDACIONES.—VIII. LAS FUNDACIONES PÚBLICAS: 1. *Creación*. 2. *Estatutos*. 3. *Patrimonio*. 4. *Régimen económico y presupuestario*. 5. *Régimen de contratación*.—IX. NOTAS DIFERENCIADORAS ENTRE EL RÉGIMEN LEGAL DE FUNDACIONES EN NAVARRA Y LA LEGISLACIÓN ESTATAL.—BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA NORMATIVA DE NAVARRA.

I. El punto de partida: la regulación del Fuero Nuevo de Navarra sobre fundaciones, la Constitución y el Mejoramiento del Fuero

La normativa de Navarra sobre fundaciones presenta una importante singularidad. Tiene como punto de partida la regulación del Fuero Nuevo de Navarra (Compilación del Derecho civil Foral) de 1973, es decir, previa a la Constitución. En el Fuero Nuevo se regula, como materia civil, las fundaciones en sus Leyes 44 a 47. En concreto su Ley 43 considera como personas jurídicas a «las fundaciones privadas constituidas conforme a la Ley siguiente» (apartado 6).

La Constitución Española de 1978 se refiere de forma expresa a las fundaciones en su artículo 34. Sin embargo, no las contempla de forma expresa

dentro del sistema de distribución de competencias de su Título VIII, aunque han sido objeto de inserción en diversos títulos competenciales (STC 341/2005, FJ 2).

La Comunidad Foral tiene competencia exclusiva sobre fundaciones, en virtud del Amejoramiento del Fuero (así lo recuerda la STC 341/2005, en el Fundamento Jurídico antes citado), que se sustenta, como es bien sabido, en la disposición adicional primera de la Constitución, es decir, con un alcance superior al fijado en el Título VIII.

En concreto, las competencias de Navarra se identifican, ahora, en diversos preceptos del Amejoramiento del Fuero. En primer lugar, en dos preceptos que lo efectúan de forma expresa: a) por un lado, la materia civil, recogida en el artículo 48 de la LORAFNA, que se refiere directamente al Fuero Nuevo de Navarra, y b) por otro, con referencia expresa a las fundaciones, reconoce la competencia exclusiva de Navarra sobre «fundaciones constituidas con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra» (art. 44.20). También otros preceptos del Amejoramiento del Fuero pueden fundamentar las competencias de Navarra sobre fundaciones, uniéndolas bien a aspectos tributarios (singularmente el art. 45 sobre el sistema de Convenio Económico) o bien a los diferentes sectores en los que pueden actuar las fundaciones.

II. Las fundaciones navarras o de competencia de la Comunidad foral

La LORAFNA se refiere en su artículo 44.20 a la competencia exclusiva de Navarra sobre fundaciones constituidas con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra. La Ley Foral 10/1996 no establece un ámbito para las fundaciones, sino que se limita a señalar que son aquellas constituidas con arreglo a la Ley 44 del Fuero Nuevo.

La Ley 44 de forma muy amplia dice que «cualquier persona puede crear en Navarra... fundaciones...». Así pues, no impone ningún límite o ámbito territorial. Debe advertirse que, por el contrario, el Tribunal Constitucional, en su STC 341/2005, equipara erróneamente la regulación de la LORAFNA con la de otros Estatutos de Autonomía, al señalar que la LORAFNA se pronuncia en parecidos términos cuando de su lectura se desprende lo contrario.

Los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y las leyes autonómicas sobre fundaciones ponen un límite territorial a sus fundaciones, de modo que exigen que sus actividades o funciones se desarrollen principalmente en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma o que los fines sean de interés para la Comunidad Autónoma. Asimismo, la normativa estatal

considera que son fundaciones de competencia estatal las que desarrollan su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma (art. 36.1 de la Ley 50/2002 y, con carácter más general, el art. 2 del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre). Incluso la incorporación del régimen de fundaciones al Código Civil de Cataluña que se efectúa por la Ley catalana 4/2008, de 24 de abril, establece en su artículo 311.1 su ámbito de aplicación que se circunscribe a «las fundaciones que ejerzan sus funciones mayoritariamente en Cataluña».

No es de extrañar, por tanto, la conclusión general que obtiene el Tribunal Constitucional respecto del reparto de competencias en esta materia, al afirmar que «la distribución de competencias opera sobre el criterio del ámbito territorial sobre el que se extienda el desarrollo principal de las actividades de las fundaciones» (STC 341/2005, FJ 2).

Ninguna de estas cláusulas de estilo que aparecen en los Estatutos de Autonomía o en las leyes autonómicas sobre fundaciones aparecen en el Amejoramiento del Fuero, en el Fuero Nuevo de Navarra o en la Ley Foral 10/1996. Ello plantea el problema de deslindar cuál es el ámbito de las fundaciones navarras o fundaciones de competencia foral.

A falta de regulación expresa de división competencial, cabe acudir a las normas generales, en este caso a las contenidas en el Fuero Nuevo de Navarra. En consecuencia, cabe preguntarse si en esta materia rige la ley personal propia del Fuero Nuevo (Ley 16) y, por tanto, cualquier persona de condición civil foral (sea persona física o jurídica) puede constituir una fundación con arreglo al Derecho Foral de Navarra con independencia del lugar en que la fundación vaya a desarrollar sus actividades o funciones o cuál sea el alcance territorial de sus fines.

III. El doble régimen normativo foral sobre fundaciones

Como se ha dicho, la principal norma de Navarra (ahora incorporada al ordenamiento jurídico foral, por más que su aprobación se efectuó en 1973 mediante ley de la Jefatura del Estado) la constituye el Fuero Nuevo de Navarra, en concreto sus Leyes 44 a 47. Esta regulación ha permanecido invariable desde su aprobación, a pesar de que el Fuero Nuevo ha sido objeto de diversas reformas efectuadas por diversas Leyes Forales aprobadas por el Parlamento de Navarra.

Por otra parte, el Parlamento de Navarra ha aprobado la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y

actividades de patrocinio. Dicha Ley Foral trae causa de la Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Esta ley estatal ha sido totalmente derogada mediante la aprobación de dos leyes posteriores de 2002 que regulan de forma diferenciada el régimen jurídico de las fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones) y el régimen tributario y de patrocinio (Ley 49/2002, de 23 de diciembre, del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo).

La regulación de Navarra es doble: por un lado, las leyes del Fuero Nuevo, y, por otro, la Ley Foral 10/1996. De esta doble regulación se plantean diversos problemas:

a) En primer lugar, el Fuero Nuevo de Navarra constituye una ley de mayoría absoluta, conforme expresa el artículo 20.2 LORAFNA. Por el contrario, la Ley Foral 10/1996 es una ley foral de mayoría simple y, por tanto, no modifica (tampoco lo puede) el Fuero Nuevo de Navarra.

b) De ello se deriva un doble régimen jurídico:

— El general, aplicable a todas las fundaciones, contenido en el Fuero Nuevo de Navarra.

— El singular, aplicable solamente a las fundaciones que vayan a acogerse al régimen tributario especial de fundaciones, contenido en la Ley Foral 10/1996.

En definitiva, coexisten dos regímenes jurídicos diferenciados, con preceptos que contienen una regulación bien diferente en algunos aspectos. De ahí que pueda crearse una fundación sometida al Fuero Nuevo y que no se somete a las normas de la Ley Foral 10/1996, lo que supone una práctica libertad fundacional. Por el contrario, las fundaciones sujetas a la Ley Foral 10/1996 están sometidas al Fuero Nuevo y también a las disposiciones de esta Ley Foral 10/1996.

En la práctica, las fundaciones se someten al segundo sistema, es decir, al Fuero Nuevo complementado (y modificado) por las normas de la Ley Foral 10/1996, dado que se suelen acoger a este régimen tributario especial.

IV. El régimen civil de las fundaciones: el primer régimen normativo de fundaciones

Las Fundaciones se regulan, en primer término, por las Leyes 44 a 47 del Fuero Nuevo.

Dichas leyes establecen el régimen civil de las fundaciones y por tanto son aplicables a todas las fundaciones, pero de forma plena a aquellas que no vayan a acogerse al régimen tributario fijado por la Ley Foral 10/1996.

El principio básico de la regulación civil es la autonomía privada, que se concreta en las enormes facultades del fundador y en el principio de libertad civil. Las leyes del Fuero Nuevo dejan aspectos sustanciales del régimen de fundación en manos del Fundador, incluso su propia personalidad jurídica.

Procede analizar, brevemente, los aspectos más relevantes de la regulación del Fuero Nuevo de Navarra. Son los siguientes:

1. Concepto, personalidad jurídica, fines, clases de fundación y actos de constitución

El Fuero Nuevo carece de una definición de fundación, pero es fácil deducir de sus leyes que constituye una persona jurídica constituida por un fundador que adscribe bienes para un determinado fin. Así, la Ley 44 se refiere a la asignación de un patrimonio y a la determinación del fin de la fundación.

La personalidad jurídica se adquiere por acto del fundador, sin intervención administrativa alguna. Así lo destaca de forma muy rotunda la Ley 44: «sin necesidad de aprobación administrativa» y «siempre que el fundador exprese su voluntad de conferir personalidad jurídica a la fundación». No se exige, por tanto, inscripción en ningún Registro para conseguir la personalidad jurídica.

El Fuero Nuevo diferencia dos tipos de fundaciones en razón de su creación: fundaciones constituidas por voluntad privada y fundaciones constituidas por voluntad pública. A las primeras se refiere de forma expresa en el párrafo último de la Ley 46 a fin de eximir las de todo control administrativo.

En cuanto a los fines, la Ley 44 enumera una serie de fines de forma muy amplia: «fundaciones de caridad, fomento o de otro interés social evidente».

La constitución puede efectuarse bien por actos *inter vivos* como *mortis causa*, exigiéndose para el primer caso escritura pública.

2. Régimen de la fundación: libertad absoluta del fundador

A tenor del carácter sustancial del principio de libertad civil, las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador. Sólo de forma supletoria se aplicarán las demás disposiciones del Fuero Nuevo; en concreto, la Ley 45 se remite a su Libro II que versa sobre las donaciones y sucesiones.

La voluntad del fundador puede expresarse en el acto constitutivo y en los estatutos de la fundación. Aparece aquí como elemento primordial y esencial de la fundación los Estatutos, aunque el Fuero Nuevo no les encomiende ningún contenido mínimo.

El Fuero Nuevo apenas impone límites a la voluntad del fundador, toda vez que la Ley 46 establece una regulación supletoria de su voluntad («salvo que otra cosa se disponga en los estatutos») y la Ley 47 contiene, asimismo, una norma supletoria en su apartado 2 respecto de la extinción («sin haberse previsto el destino de sus bienes») y en su apartado 1 una norma facultativa y no preceptiva («El acto fundacional o los estatutos podrán establecer»).

3. *Organización de la fundación*

El Fuero Nuevo establece una regulación supletoria, a salvo de lo dispuesto en los estatutos, dejando por tanto completa libertad organizatoria al fundador.

Esta regulación supletoria contempla simplemente la figura del Patronato (Ley 46), sin referirse en ningún momento al Protectorado. Esta posición parece congruente con el principio de no aprobación administrativa que se predica en la Ley 44, y que la Ley 46 concreta en que el fundador puede eximir a la fundación de toda intervención administrativa.

De la lectura de la Ley 46 *a sensu contrario*, parece deducirse que a falta de que el fundador establezca la exención de forma expresa en el acto de constitución o en los estatutos, tendrá que existir un régimen de intervención administrativa, es decir, un Protectorado.

Dentro de ese marco, la Ley 46 establece las siguientes facultades para el Patronato:

1. Administración y disposición del patrimonio del fundador.
2. Interpretación de la voluntad del fundador.
3. Inversión, realización, transformación y depósito de los bienes y aplicación de los mismos a los fines fundacionales.
4. Confeción de los presupuestos y aprobación de las cuentas.

De nuevo es preciso resaltar el carácter anti-intervencionista de la regulación del Fuero Nuevo de Navarra. Así, en relación con los presupuestos y las cuentas, la Ley 46 añade que su aprobación se hará sólo por el Patronato y a todos los efectos, pretendiendo evitar cualquier tipo de intervención administrativa.

4. *Reversión y extinción*

Por último, la Ley 47 establece dos reglas, una sobre la reversión y otra sobre la extinción de las fundaciones.

La primera regla sobre la reversión faculta al fundador para establecer la reversión de los bienes a favor de sus herederos. El único límite que le impone es el establecido para la sustitución fideicomisaria en la Ley 224.

En cuanto a la extinción, la segunda regla, de carácter supletorio («sin haberse previsto el destino de sus bienes»), establece que los bienes de la fundación pasarán a la titularidad de la Comunidad Foral de Navarra. Se impone a ésta la obligación de aplicar estos bienes a fines similares a los establecidos por el fundador.

V. **El régimen de las fundaciones que se acojan al régimen tributario especial de fundaciones: el segundo régimen normativo**

La Ley 10/1996 regula el régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, en la senda marcada por la Ley estatal 30/1994. La Ley Foral se divide en dos Títulos, el primero de ellos dedicado al régimen tributario de las fundaciones y el segundo a las actividades de patrocinio.

Es obligado centrarse aquí y ahora en el Título I de la Ley Foral 10/1996, puesto que esta Ley Foral establece el segundo régimen normativo de las fundaciones.

La cuestión nuclear se centra en que este Título I constituye, *de facto*, una modificación de las disposiciones del Fuero Nuevo de Navarra, por norma sin rango, dado que el Fuero Nuevo de Navarra es una ley foral de mayoría absoluta y la Ley Foral 10/1996 lo es de mayoría simple. En resumen, el Título I exige a las fundaciones que quieran acogerse al régimen tributario especial contemplado en ella que se sometan no sólo a lo establecido en el Fuero Nuevo de Navarra, sino, especialmente, a las normas contenidas en el citado Título I.

La «trampa», si se permite dicha expresión, se revela claramente de la dicción del artículo 1 de la Ley Foral 10/1996, precepto que abre el Título I. Dice así: «El régimen tributario regulado en esta Ley Foral será de aplicación a las Fundaciones constituidas al amparo de la Ley 44 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, siempre que reúnan los requisitos y condiciones que se establecen en los artículos siguientes».

Del análisis de este precepto se desprenden dos conclusiones:

1. El artículo 1 transcrito efectúa una remisión al Fuero Nuevo, de modo que éste es el instrumento normativo que regula las fundaciones y por tanto éstas deben constituirse con arreglo a lo dispuesto en una de sus Leyes, la Ley 44.

2. Esa remisión, sin embargo, es puramente formal. El Título I de la Ley Foral 10/1996 contiene un régimen sustantivo sobre las fundaciones que se aparta de forma muy notable de la regulación del Fuero Nuevo. Y para que una fundación pueda acogerse al régimen tributario especial es preciso que reúna los requisitos y condiciones del Título I citado. Por tanto, a estas fundaciones se les impone un régimen sustantivo que difiere claramente del establecido en el Fuero Nuevo. Esta posición resulta aún más evidente si cabe, puesto que el artículo 15 de la Ley Foral 10/1996 obliga a las fundaciones acogidas a su régimen sustantivo a efectuar una solicitud para acogerse al régimen tributario especial de fundaciones previsto en dicha Ley Foral.

De forma esquemática cabe apuntar que las diferencias entre la regulación del Fuero Nuevo y de la Ley Foral 10/1996 se sustentan en dos pilares básicos:

1. En el Fuero Nuevo prima sobremanera el principio de autonomía privada, dejándose prácticamente la regulación de la fundación en manos de su fundador, bien por medio del acto de constitución como de los estatutos de la fundación. Por el contrario, en la Ley Foral 10/1996 se establece una gran restricción a la autonomía privada, puesto que prácticamente toda la vida y funcionamiento de la fundación tienen una regla expresa de obligada aplicación a la fundación. Baste a estos efectos señalar que mientras que la constitución de la fundación no exige para la adquisición de personalidad jurídica de ningún acto salvo la voluntad del fundador (Ley 44), en cambio para acogerse al régimen tributario se exige la inscripción de la fundación en un Registro de Fundaciones que se crea al efecto (disposición adicional 1.ª de la Ley Foral 10/1996). Esta disposición adicional permite ver la existencia de dos tipos de fundaciones:

a) Fundaciones acogidas solamente al Fuero Nuevo: se registrarán por el Fuero Nuevo y para ellas no hay obligación de inscripción en el Registro, sino que dicha inscripción es simplemente facultativa.

b) Fundaciones acogidas a la Ley Foral 10/1996: se registrarán por las disposiciones de la Ley Foral citada y para ellas la inscripción es obligatoria («habrán de inscribirse»).

2. El segundo pilar básico lo constituye el binomio principio de autonomía privada e intervención administrativa. Mientras que en el Fuero Nuevo

prima de forma absoluta el principio de autonomía privada, con prácticamente nula intervención administrativa; en la Ley Foral 10/1996, además de la intervención que supone la propia regulación normativa, se introducen diversas intervenciones administrativas. Así, a título ejemplificativo, cabe hacer referencia a la obligación de comunicación de las modificaciones de la escritura de constitución o de los Estatutos de la Fundación al Departamento de Economía y Hacienda (art. 6), la necesidad de autorización para el destino de una cantidad menor al 70% de los ingresos netos para la realización de los fines subvencionales (art. 9.5) o la intervención de este Departamento sobre los presupuestos y cuentas de la Fundación (art. 11).

Bajo estas premisas, a continuación se va a analizar este segundo régimen normativo de las fundaciones en el Derecho Foral de Navarra. Para ello se va a seguir en la medida de lo posible el mismo esquema antes tenido en cuenta para el Fuero Nuevo de Navarra, a fin de que se puedan ver de forma clara las notables diferencias y divergencias entre ambos sistemas normativos.

1. Concepto, personalidad jurídica, fines y clases de fundaciones

La Ley Foral 10/1996 no ofrece ningún concepto de fundación, por lo que cabe señalar que es el mismo que el del Fuero Nuevo, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 34 CE, con la interpretación de este precepto efectuada por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5).

El artículo 1 de la Ley 10/1996 se remite a la Ley 44 del Fuero Nuevo en orden a la constitución de las fundaciones, por lo que su personalidad jurídica se adquiere por voluntad del fundador sin necesidad de inscripción. La inscripción prevista en la disposición adicional 1.^a de la Ley 10/1996 lo es sólo para acogerse al régimen tributario especial. No obstante, la falta de inscripción provoca que no se aplica el régimen de la Ley Foral 10/1996.

La Ley Foral no se refiere en ningún momento a las clases de fundaciones, por lo que acepta tanto las fundaciones creadas por personas físicas o jurídicas privadas como también por personas jurídicas públicas.

El artículo 2 de la Ley Foral 10/1996 se ocupa con detalle de los fines de la fundación, con la pretensión de fijar de forma clara que los fines tienen que ser de interés general y que, por tanto, quedan fuera del concepto de fundación aquellas que no persiguen este tipo de fines. Este precepto, en su apartado 1, enuncia una serie de finalidades concretas, concluyendo con una fórmula abierta en el sentido de que se pueden realizar «cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga». A ello se añade que las fundaciones

pueden desarrollar actividades económicas en relación con sus fines y también por medio de su participación en sociedades (apartados 3 y 4 del art. 2).

Unida a esta finalidad de interés general, el artículo 3 exige que los beneficiarios sean colectividades genéricas e indeterminadas de personas, entre las que se incluyen a los trabajadores (y sus familiares) de una o varias empresas.

Por el contrario, no se admiten las fundaciones que persigan fines que sean de interés particular (en cuanto contrapuesto a general). El apartado 2 del artículo 2 pone como ejemplo aquellas fundaciones que tengan como beneficiarios principales a los fundadores o sus cónyuges o parientes, hasta el cuarto grado inclusive, aunque con la excepción de las fundaciones de asistencia social, deportivas o de protección del patrimonio cultural.

2. Régimen de la fundación: libertad condicionada del fundador

Frente al régimen de libertad absoluta del Fuero Nuevo de Navarra, la Ley Foral 10/1996 condiciona de forma importante la libertad del fundador. Es evidente que se respeta dicha voluntad y su autonomía, pero se fijan una serie de límites de modo que tanto el acto de constitución como los estatutos están sometidos a unas reglas que no existen en el Fuero Nuevo. Además, la aplicación de los preceptos de la Ley Foral 10/1996 es directa y no supletoria como ocurre en el Fuero Nuevo.

Ejemplo de este condicionamiento de la voluntad del fundador es el artículo 4 de la Ley Foral 10/1996, donde se dispone que cuando se constituya una fundación *inter vivos* conforme a la Ley 44 del Fuero Nuevo, la escritura pública de constitución deberá contener una serie de extremos que se especifican en el artículo 4 citado.

3. Constitución, estatutos y dotación de la fundación

La fundación puede constituirse con arreglo a lo dispuesto en el Fuero Nuevo, es decir, por negocio *inter vivos* o *mortis causa*, exigiéndose en el primer caso la constitución mediante escritura pública.

La novedad de la Ley Foral 10/1996 se encuentra en la exigencia de diversos extremos que deben constar en el negocio jurídico de constitución, tanto se efectúe *inter vivos* como *mortis causa*. Así, el artículo 4 de la Ley Foral 10/1996 exige que en su constitución consten los siguientes extremos:

1. Datos identificadores del fundador.

2. Voluntad de constituir la fundación. Esta exigencia está unida a lo dispuesto en la Ley 44 del Fuero Nuevo, dado que es la que otorga personalidad a la fundación.

3. Dotación, que deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Foral 10/1996.

4. Estatutos, que también deberán someterse a las prescripciones del artículo 5. Por tanto, el fundador no tiene completa libertad, sino que tiene que respetar los límites de la Ley Foral 10/1996.

5. Identificación de las personas que integran el Patronato y su aceptación.

La Ley Foral 10/1996 impone un contenido mínimo de los Estatutos, por lo que en éstos habrá de constar (art. 5):

1. Denominación, en la que debe figurar la palabra «fundación».
2. Fines fundacionales.
3. Domicilio y ámbito territorial.
4. Reglas básicas de aplicación de los recursos y de determinación de los beneficiarios de la fundación.
5. Destino del patrimonio en el supuesto de extinción de la fundación.
6. Órgano de gobierno y régimen de su funcionamiento.

Además, se introduce una importante intervención administrativa, por cuanto que cualquier modificación del acto de constitución o de los estatutos requiere de su comunicación al Departamento de Economía y Hacienda.

El artículo 10 de la Ley Foral 10/1996 regula con cierto detalle la dotación de la fundación. Destaca su carácter irrevocable e irreversible.

La dotación puede consistir en bienes y derechos y tiene que ser adecuada y suficiente, para lo que se exige un estudio económico. Asimismo, puede hacerse de forma única o sucesiva, imponiéndose para este segundo caso algunos requisitos (desembolso inicial del 25% y aportación en un plazo de cinco años). Además, la dotación puede ser acrecida con la aportación de más bienes y derechos por el Fundador o Patronato con carácter permanente para los fines dotacionales.

Asimismo se permite que las dotaciones garantizadas comprometidas por terceros puedan ser consideradas como dotación.

4. *Organización de la fundación*

La organización de la fundación se deja en manos del fundador, toda vez que es una cuestión que debe constar en el acto de constitución y, asimismo, los estatutos deberán recoger el régimen organizativo de la fundación. Por tanto, en principio, la Ley Foral 10/1996 mantiene el principio de autonomía de la voluntad a favor del fundador, aunque le obliga a que el acto de constitución y los estatutos tengan un determinado contenido en esta materia organizativa.

No obstante, la Ley Foral 10/1996 establece a continuación algunas reglas que disciplinan el régimen del Patronato, que se configura como el órgano de gobierno y de representación de la fundación.

En primer lugar, el artículo 4 exige que en el acto de constitución estén identificadas las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.

Seguidamente, el artículo 5 exige que en los Estatutos se haga constar «el órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos».

Más adelante, el artículo 13 impone que el desempeño de los cargos de patrono sea gratuito, sin perjuicio de indemnizaciones por gastos. A tal fin el artículo 9.4 determina el concepto de estos gastos indemnizables, fijando un límite máximo del 10% de los ingresos netos que obtenga la fundación por sus actividades ordinarias.

También se establecen incompatibilidades para el desempeño del cargo de patrono. En concreto, se determinan dos incompatibilidades:

1. Tener interés económico en los resultados de la actividad de la fundación (art. 13, segundo párrafo, *a sensu contrario*).
2. Prestar servicios a la entidad con carácter retribuido. Esta incompatibilidad se extiende, además, al fundador y a su cónyuge.

El Patronato, como órgano de gobierno, tiene encomendadas las funciones de gestión y administración de la fundación, de lo que se deriva que es asimismo el órgano con competencias presupuestarias y de gasto. Estos aspectos financieros quedan especialmente reflejados en el artículo 11 de la Ley Foral 10/1996, en que se indica que el órgano de gobierno de la fundación efectuará:

1. La elaboración del presupuesto del año siguiente.
2. La liquidación del presupuesto ya ejecutado.

Aquí se denota una importante intervención administrativa que se produce en ambos momentos presupuestarios. Por un lado, el Patronato debe remitir al Departamento de Economía y Hacienda el presupuesto del siguiente ejercicio, acompañado de una memoria explicativa (art. 11.6). De otro, las cuentas de la fundación, junto con el informe de auditoría, deben presentarse asimismo ante el Departamento citado (art. 11.4 y 5).

5. Actuación de la fundación

Las actuaciones de la fundación deben ir dirigidas a la persecución de los fines fundacionales, buscando el beneficio de las colectividades que tengan el carácter de beneficiarias de la fundación.

Para ello el artículo 8 de la Ley Foral 10/1996 establece unos principios de actuación, que consisten en obligaciones de información y publicidad de sus fines y de actuación con criterios de imparcialidad y no discriminación.

Respecto de este segundo sistema de fundaciones del Derecho de Navarra se ha destacado más arriba los importantes límites que se imponen a la fundación. Un ejemplo de esta regulación limitativa lo constituye el artículo 9 que regula el destino de los ingresos obtenidos por la fundación. En principio, se obliga a destinar un mínimo del 70% de los ingresos obtenidos a la realización de los fines fundacionales, límite que excepcionalmente puede ser reducido por autorización del Departamento de Economía y Hacienda, con una previsión de silencio administrativo positivo por el transcurso del plazo de tres meses sin que se haya resuelto expresamente sobre la solicitud presentada por la fundación. Asimismo se establece otro límite porcentual a los gastos de administración; aquí no se podrá superar el máximo del 10% de los ingresos netos que obtenga la fundación por sus actividades ordinarias.

Por su parte el artículo 10 de la Ley Foral 10/1996 prohíbe que la fundación tenga participación en sociedades mercantiles en las que se deba responder personalmente de las deudas sociales, lo que significa que sí pueden participar en sociedades de responsabilidad limitada. Por ello, en el caso de darse el supuesto de prohibición respecto de la dotación, se deberá producir la transformación de la sociedad en otra de responsabilidad limitada. Para la participación en otro tipo de sociedades se exige de nuevo la intervención del Departamento de Economía y Hacienda, ante el que deberá acreditarse que la titularidad de las participaciones coadyuva al mejor cumplimiento de los fines fundacionales y no supone vulneración de lo dispuesto en la Ley Foral 10/1996. La intervención llega a tal grado que el Departamento citado puede denegar el disfrute del régimen fiscal especial a las fundaciones que no justifiquen que estas participaciones cumplen con los requisitos exigidos.

6. *Disolución*

El artículo 12 de la Ley Foral 10/1996 señala que en caso de extinción de la fundación, salvo por fusión, su patrimonio se destinará a fines de interés general similares a los propios de la fundación extinguida.

VI. El régimen tributario especial de las fundaciones

La Ley Foral 10/1996, como se ha visto, encierra tanto un régimen sustantivo sobre las fundaciones como también (lo que declara la propia Ley Foral como objetivo único) un régimen tributario especial de las fundaciones.

Simplemente, es necesario reiterar la llamada de atención en el sentido de que este régimen tributario especial no se aplica a todas las fundaciones que puedan constituirse al amparo del Fuero Nuevo de Navarra, sino solamente para aquellas que estén sometidas a lo dispuesto en la Ley Foral 10/1996. Así pues, las fundaciones que no se sometan al régimen sustantivo de la Ley Foral 10/1996 se regirán por lo dispuesto con carácter general para las personas jurídicas, pero sin que les sea aplicable el régimen tributario singular de fundaciones.

Así la disposición adicional 2.^a de la Ley Foral 10/1996 extiende la aplicación de este régimen tributario específico a las fundaciones, asociaciones declaradas de utilidad pública y organizaciones no gubernamentales de desarrollo constituidas al amparo de normas estatales o de otras Comunidades Autónomas. Asimismo, se extiende dicho régimen, con la excepción de lo dispuesto para el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, a la Iglesia Católica y confesiones religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español, a la Cruz Roja Española y a la Organización Nacional de Ciegos Españoles (disposición adicional 6.^a).

Esta divergencia entre fundaciones sometidas únicamente al Fuero Nuevo de Navarra y fundaciones sometidas a la Ley Foral 10/1996 provoca, por tanto, que la aplicación de este régimen tributario especial deba ser instada expresamente por cada fundación acogida al régimen sustantivo de la Ley Foral 10/1996.

La disposición transitoria única de la Ley Foral 10/1996 insiste en dicha división, al otorgar un plazo hasta el día 31 de diciembre de 1996 para que las fundaciones ya constituidas al amparo de la Ley 44 del Fuero Nuevo de Navarra se acomoden al régimen sustantivo de la Ley Foral 10/1996 y, además, efectúen la solicitud de acogida a este régimen especial. La claridad de la Ley Foral 10/1996 es patente y destaca por su rotundidad: «Las fundaciones que

transcurrido el plazo previsto en el número 1 no hubieren presentado la correspondiente solicitud no podrán gozar del régimen tributario previsto en esta Ley Foral» (apartado 2, párrafo 1.º).

De ahí que la regulación tributaria se abra con una solicitud de la fundación. El artículo 15 de la Ley Foral 10/1996 así lo indica al afirmar que «las fundaciones que deseen acogerse al régimen tributario regulado en esta Ley Foral deberán solicitarlo al Departamento de Economía y Hacienda...». Dicha solicitud abre un procedimiento administrativo, que deberá ser resuelto expresamente en el plazo de seis meses, entendiéndose en otro caso estimada la solicitud «siempre y cuando concurren las condiciones y requisitos previstos en esta Ley Foral» (apartado 3 del art. 16).

La aplicación del régimen tributario especial puede ser objeto de comprobación y revisión (art. 17 de la Ley Foral 10/1996). Esto significa que la fundación debe cumplir en todo momento con los requisitos sustantivos establecidos en la Ley Foral 10/1996, puesto que en otro caso perderá su régimen tributario especial y estará obligada al ingreso de las cuotas correspondientes al ejercicio económico en que se haya producido el incumplimiento. Asimismo, las disposiciones adicionales tercera y cuarta afirman que el incumplimiento por la entidad sin fines lucrativos de los requisitos establecidos en la Ley Foral 10/1996 significa su exclusión de este régimen tributario especial.

Este régimen tributario especial se concentra en tres impuestos: impuesto sobre sociedades, impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, y tributos locales.

1. *Impuesto sobre Sociedades*

En cuanto al Impuesto de Sociedades, la Ley Foral 10/1996 establece solamente aquellas singularidades aplicables a las fundaciones, rigiendo en todo lo demás la normativa general de este impuesto (art. 28, sobre supletoriedad).

Las salvedades se establecen respecto de cada uno de los hitos de este impuesto.

En primer lugar, el artículo 18 recoge los supuestos de rentas exentas. Las rentas obtenidas por las fundaciones deben ser declaradas en todo caso, también las exentas, pero éstas no están sometidas a tributación por este impuesto. De nuevo se introduce un nuevo control administrativo, dado que la efectividad de la exención se condiciona a la previa comunicación al Departamento de Economía y Hacienda del ejercicio de la explotación económica, a fin de que éste pueda realizar las comprobaciones pertinentes.

Seguidamente, el artículo 19 regula la base imponible. Para ello, primeramente, reitera una declaración general en el sentido de que la base imponible estará constituida por el importe de la renta en el período de imposición (apartado 1). Su cálculo se hará por el régimen de estimación directa y, subsidiariamente, por el de estimación indirecta, estableciéndose la forma de determinación de la base imponible para el régimen de estimación directa.

En el artículo 20 se añaden nuevos supuestos de gastos no deducibles a los previstos en la normativa del Impuesto sobre Sociedades. Asimismo, se regula la exención por reinversión de los incrementos de patrimonio (art. 21).

Respecto de la base liquidable se establecen dos reglas en el artículo 22. En primer lugar, la base liquidable resulta de la minoración en un 50% de la base imponible de las rentas que procedan de elementos patrimoniales cedidos a terceros y que se destinen a la realización de los fines fundacionales y en los plazos fijados por la Ley Foral 10/1996. Segundo, las bases liquidables negativas pueden ser objeto de compensación con las bases liquidables positivas de los quince años inmediatos y sucesivos.

El tipo de gravamen se fija en el 10% (art. 23).

Por su parte, el artículo 24 de la Ley Foral 10/1996 recoge una norma general y por tanto innecesaria en este punto, al afirmar que la cuota íntegra es la resultante de aplicar a la base liquidable el tipo de gravamen. Asimismo el artículo 25 recoge definiciones de la cuota líquida que son generales, determinando de forma expresa cuáles son las deducciones que pueden practicarse a ésta: retenciones a cuenta, ingresos a cuenta y pagos fraccionados.

Constituye una novedad digna de resaltar el supuesto de cuota reducida contemplado en el artículo 26. Se permite la minoración en 200.000 pesetas (ahora 1.202,20 euros) de la cuota líquida cuando la fundación realice exclusivamente prestaciones gratuitas.

2. *Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*

Respecto de este impuesto, el artículo 29 contempla una exención total para las adquisiciones de bienes y derechos así como de los demás actos y contratos que realicen las fundaciones siempre que se cumplan dos requisitos:

- 1) Que se afecten con carácter permanente a las actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica.
- 2) Que no se vayan a utilizar principalmente en el desarrollo de explotaciones económicas que no constituyan su objeto o finalidad específica.

3. *Tributos locales*

Los bienes de las fundaciones destinados a sus fines y que no sean cedidos a terceros o se utilicen para el desarrollo de explotaciones económicas que no sean sus fines gozan de exención en la contribución territorial (art. 30).

Asimismo, las fundaciones se encuentran exentas del Impuesto sobre Actividades Económicas por las actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica (art. 31).

El artículo 32 establece unas reglas procedimentales en orden a la obtención de estos beneficios fiscales por las fundaciones. Las fundaciones deben solicitar su aplicación. Por otra parte, la Hacienda Tributaria de Navarra compensará a los Ayuntamientos por estos beneficios fiscales a las fundaciones.

VII. El Registro de Fundaciones

La Ley Foral 10/1996 crea el Registro de Fundaciones, de nuevo, solamente para aquellas fundaciones que se encuentran sometidas a su régimen jurídico sustantivo y no para aquellas sometidas exclusivamente al régimen civil del Fuero Nuevo de Navarra.

Dada esta distinción entre fundaciones, la Ley Foral 10/1996 no concede al Registro carácter constitutivo para la adquisición de la personalidad jurídica, sino solamente es un requisito necesario para acogerse al régimen tributario especial que dicha Ley Foral establece.

Sin embargo, el Reglamento del Registro (aprobado mediante Decreto Foral 613/1996, de 11 de noviembre) ha optado por una vía conciliadora puesto que diferencia entre dos supuestos:

- a) Inscripción obligatoria: para las fundaciones que deseen acogerse al régimen tributario específico de la Ley Foral 10/1996.
- b) Inscripción potestativa: asimismo pueden inscribirse en el Registro las fundaciones constituidas al amparo del Fuero Nuevo y sometidas exclusivamente al mismo.

El Registro es un Registro administrativo, dependiente del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior, y tiene carácter público.

El Reglamento detalla la documentación que debe acompañarse a la solicitud de inscripción (art. 3) y también el contenido de los Estatutos (art. 4).

La solicitud es objeto de examen, con plazo de subsanación de defectos en su caso, y concluye con la resolución de su estimación o desestimación. De

nuevo se contempla un silencio administrativo positivo transcurrido el plazo de tres meses (art. 5).

La inscripción abarca no sólo al momento fundacional, sino también a otros aspectos de la vida de las fundaciones, tales como la adquisición y pérdida del régimen tributario especial de la Ley Foral 10/1996 o las modificaciones estatutarias, bajo una fórmula amplia de que es inscribible «cualquier otra circunstancia relevante para la vida de la Fundación y cuya anotación sea solicitada por el Patronato» (art. 6.3).

VIII. Las fundaciones públicas

Su regulación se contempla en la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN), aunque algunos aspectos se encuentran detallados en la Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Patrimonio de Navarra (en adelante, LFP); en la Ley Foral 13/2007, de 4 de abril, de la Hacienda Pública de Navarra (en adelante, LFHP), y en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos.

Según el artículo 125 de la LFACFN, las fundaciones públicas son las creadas por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos públicos, conforme al Fuero Nuevo de Navarra. Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de la entidad fundadora. No son organismos públicos puesto que se rigen por el Derecho privado (art. 125 LFACFN), salvo en aquellos supuestos en que les sea aplicable la normativa administrativa sobre contratación y en materia presupuestaria, contable y de control financiero. Por tanto, tampoco pueden disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública.

1. Creación

Su creación se efectúa por medio de acuerdo del Gobierno de Navarra, a través de un procedimiento que requerirá de propuesta del Departamento interesado y del preceptivo informe previo de los Departamentos competentes en materia de función pública, organización administrativa y economía. Idénticos trámites se requieren para su modificación y extinción (art. 126 LFACFN).

2. Estatutos

Los Estatutos son aprobados en el acuerdo de creación. En ellos se deberán recoger los aspectos exigidos por el Fuero Nuevo de Navarra y, principalmen-

te, las facultades que se reserva el fundador en detrimento del Patronato y su forma de participar en el mismo. La LFACFN exige que el fundador se reserve la facultad de modificar y extinguir la fundación pública. Los Estatutos se deben publicar en el Boletín Oficial de Navarra.

3. Patrimonio

La LFP regula el patrimonio de las fundaciones públicas, indicando que se regirá por el ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio de las disposiciones de la LFP que les sean de aplicación (art. 3.5).

4. Régimen económico y presupuestario

A las fundaciones públicas se les aplican las normas previstas en la LFHP, como entidades que integran el sector público.

Además en la LFHP aparece un concepto de fundaciones públicas más amplio que el de la LFACFN. La LFHPN extiende el concepto de fundaciones públicas más allá de los límites marcados en la LFACFN, al incluir no sólo «las creadas por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos públicos, de acuerdo con la Compilación del Derecho Civil Foral, para la realización de fines de su competencia» (art. 125.1 LFACFN), sino también aquellas otras en las que, no concurriendo en origen el carácter público, lo adquieran *a posteriori*, exigiéndose, además, la representación mayoritaria de la Administración en sus órganos de gobierno [art. 2.g LFHPN].

5. Régimen de contratación

Las fundaciones públicas, en cuanto personas jurídicas dependientes de una Administración Pública, están sometidas en materia de contratación a las disposiciones del Libro II de la LFC (preparación y adjudicación de los contratos por reglas que se asimilan a las propias de los contratos de las Administraciones Públicas) y del Libro III (reclamación ante la Junta de Contratación Pública) siempre que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 2, letra e), de dicha LFC. Se exige, de forma acumulativa, que su actividad satisfaga, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y, además, que estén controladas por una Administración Pública (control de financiación, control de nombramiento de directivos, o control de gestión o vigilancia).

IX. Notas diferenciadoras entre el régimen legal de fundaciones en Navarra y la legislación estatal

La primera nota esencial y distintiva entre la regulación estatal y la foral se encuentra en que la regulación estatal se contiene hoy en día en una norma única, con rango básico, civil y procesal (e incluso en determinados preceptos limitado a las fundaciones estatales), mientras que en Navarra la normativa sustantiva es, de facto, doble: algunas fundaciones están sometidas exclusivamente a lo dispuesto en el Fuero Nuevo de Navarra y otras, por el contrario, están además reguladas por el régimen sustantivo de la Ley Foral 10/1996. La diferencia entre ambas fundaciones se encuentra en dos aspectos principales:

a) Régimen sustantivo: es diferente, primando en el primer caso el principio de autonomía privada que no se halla sometido prácticamente a ningún tipo de limitaciones en el Fuero Nuevo de Navarra. En cambio, en el segundo caso, las fundaciones que se someten a la Ley Foral 10/1996 se insertan en un régimen de intervencionismo administrativo más acentuado que se acerca de forma significativa a la regulación estatal.

b) El régimen tributario especial de las fundaciones, previsto en la Ley Foral 10/1996, sólo se aplica a aquellas fundaciones que se someten a su régimen sustantivo.

Así pues, cabe concluir respecto de las fundaciones sometidas de forma exclusiva al Fuero Nuevo de Navarra que se produce una divergencia absoluta con la regulación estatal contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre. Basta pensar que el Fuero Nuevo sólo contiene cuatro leyes que regulan la fundación, mientras que la Ley 50/2002 alcanza nada menos que a 46 artículos. Por otra parte, los principios básicos de ambas regulaciones difieren asimismo notablemente. Ello significa que en Navarra se pueden constituir fundaciones al amparo del Fuero Nuevo de Navarra, que no desean acogerse al régimen tributario especial, y por tanto están solamente limitadas por lo dispuesto en la breve regulación del Fuero Nuevo.

Aquí se plantearía respecto de estas Fundaciones un problema de índole competencial, en razón de los distintos títulos competenciales que esgrime la legislación estatal. Incluso aparece la cuestión de la denominación que la Ley estatal reserva únicamente a las fundaciones inscritas en un Registro de fundaciones (art. 4.2).

Por el contrario, la regulación de la Ley Foral 10/1996, que es deudora de la ley estatal precedente (la Ley 30/1994, de 24 de noviembre), se asemeja,

aunque sin haber sido actualizada, de forma notable a las disposiciones de la Ley 50/2002.

La regulación de la Ley Foral 10/1996 difiere de lo dispuesto en la Ley 50/2002 en los siguientes aspectos:

a) *Personalidad jurídica, constitución y Estatutos de la fundación.* Mientras que en la Ley estatal la fundación adquiere personalidad jurídica desde la inscripción, en la Ley Foral 10/1996 la inscripción sólo es un requisito para la solicitud de la aplicación del régimen tributario especial.

La divergencia es aún más notable cuando el artículo 11.2 de la Ley estatal 50/2002 establece que las disposiciones de los Estatutos o manifestación de la voluntad del fundador contraria a la ley se tendrá por no puesta e, incluso, no procederá la inscripción si la disposición afecta a la validez constitutiva de la fundación, lo que comporta que ésta no adquiera personalidad jurídica.

En consecuencia, la Ley Foral 10/1996 ofrece una gran apertura en materia de fundaciones puesto que permite la inscripción de fundaciones (que además no es constitutiva) ajustándose a requisitos muy inferiores a los establecidos por la normativa estatal, sin que además exista en la normativa foral precepto equivalente al artículo 11.2 antes citado.

b) *Organización de la fundación.* La regulación de la Ley Foral 10/1996 es muy escueta en este punto, mientras que la Ley estatal, en sus artículos 14-18, dispone un régimen mucho más detallado. Además, la Ley estatal regula el Protectorado (arts. 34-35), regulación de la que adolece la Ley Foral. Por ello, mientras que en la legislación estatal el Protectorado es de carácter necesario, en el ámbito de Navarra el Protectorado es potestativo. Para ello al inscribir la fundación en el Registro de Fundaciones de Navarra, el fundador o el patronato efectúan una declaración de acogerse o no al Protectorado de la Administración foral, que será ejercido a través del Departamento competente por razón de la materia (art. 3.3 del Reglamento del Registro). En este momento (11 de mayo de 2009) hay inscritas en dicho Registro 262 Fundaciones, de las cuales 141 no están acogidas al Protectorado.

c) *Patrimonio de la fundación.* A diferencia de la legislación foral, la Ley estatal regula con más detalle la dotación y, sobre todo, somete a un régimen de intervención por medio del Protectorado los actos de enajenación y gravamen (art. 21). La normativa foral no contempla, ni siquiera con carácter indicativo, una exigencia mínima de dotación, de modo que se constituyen fundaciones con una dotación muy reducida.

d) *Modificación, fusión y extinción de la fundación:* frente a la parca regulación foral de esta materia, destacan los artículos 29-33 de la Ley estatal.

e) *Reglamentos*: en el Estado existen dos Reglamentos, uno que desarrolla la Ley 50/2002 en materia de fundaciones de competencia estatal y otro que regula el Registro de fundaciones de competencia estatal. En Navarra sólo se ha aprobado el Reglamento del Registro (Decreto Foral 613/1996) que es también de un contenido mucho más reducido que el del Estado.

f) *Fundaciones del sector público*: la Ley estatal regula con precisión el concepto de lo que se entiende por fundación del sector público estatal (art. 44), lo que ha comportado la correspondiente modificación de la Ley General Presupuestaria (disposición final 2.^a). Frente a ella, la normativa foral (tanto la LFACFN como la LFHP) contienen un concepto muy amplio de fundación pública en el sector público de Navarra.

Es evidente que la normativa de Navarra precisa de una adecuación a lo establecido en la Ley 50/2002, toda vez que de sus divergencias, más bien de sus silencios respecto de las disposiciones estatales, se plantean enormes dudas sobre la aplicación directa o supletoria de las disposiciones estatales a las fundaciones que se constituyen con arreglo al Derecho Foral pero que ven que muchas de las materias que les afectan no encuentran previsión en la normativa foral. En consecuencia, no aparece tanto un problema frontal de divergencia normativa entre la Ley estatal y el segundo sistema normativo de Navarra en materia de fundaciones (el establecido por la Ley Foral 10/1996) sino más bien que la detallada regulación de la normativa estatal, declarada a menudo básica con apoyo no sólo en el apartado 8.º del artículo 149.1 CE (legislación civil) sino también en las condiciones básicas del ejercicio de los derechos (apartado 1.º) o en la legislación procesal (apartado 6.º) no ha encontrado aún respuesta en el legislador de Navarra.

Bibliografía sobre la normativa de Navarra

Procede, finalmente, hacer una breve referencia a la bibliografía sobre la normativa de Navarra en materia de fundaciones. Se ha efectuado una selección bibliográfica restrictiva con el ánimo de ofrecer solamente aquellos estudios que tengan directa incidencia en esta materia, huyendo de obras generales o de exposiciones más amplias en las que las fundaciones sólo son objeto de un examen muy limitado o colateral.

Cabe, dentro de este marco, citar los siguientes estudios:

DÍAZ BRITO, F. J., «Las fundaciones navarras ante la nueva Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 35, 2003, pp. 153-172.

GOYÉN URRUTIA, M. T., «Comentario a las leyes 44 a 47 del Fuero Nuevo de Navarra», en la obra colectiva dirigida por RUBIO TORRANO, E., *Comentarios al Fuero*

Nuevo, Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 103-117.

PABLO CONTRERAS, P. DE, «Tres competencias de Derecho Privado en el artículo 44 del Amejoramiento: asociaciones, fundaciones y centros de contratación de mercaderías y valores», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 3, 1987, pp. 38-49.

Las fundaciones en Castilla-La Mancha

Dolores Utrilla Fernández-Bermejo

Becaria de Investigación de Derecho Administrativo *
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE FUNDACIONES: 1. *Régimen sustantivo*. 2. *Régimen competencial*: A) El artículo 149 CE. B) Los Estatutos de Autonomía.— II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES EN CASTILLA-LA MANCHA: 1. *Competencias asumidas*. 2. *Competencias normativas. Derecho aplicable*. 3. *Competencias ejecutivas*.—III. CONCLUSIONES.

I. Bases constitucionales del derecho de fundaciones

1. *Régimen sustantivo*

El artículo 34.1 de la Constitución Española de 1978 reconoce el «derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley». Es éste un «extraño derecho fundamental» por su carácter innovador¹, al no tener precedentes ni en otras Constituciones españolas anteriores ni en los textos constitucionales del Derecho comparado². El artículo 34.1 configura al derecho de fundación como un derecho público de carácter subjetivo, y concretamente como un derecho de libertad³, que comprende la facultad de toda persona de crear fundaciones, siempre que respondan a los intereses generales de la comunidad.

Su ubicación en el texto constitucional implica que se consagra como un derecho fundamental «de segundo grado», excluido de la tutela del recurso de amparo y del procedimiento preferente y sumario regulado en los artículos 114 y ss. de la LJCA (art. 53.2 CE), así como de la reserva de Ley Orgánica

* Becaria del programa nacional FPU del Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ L. M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 51.

² Cfr. expresamente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 1995, Sección 4.^a

³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en *Revista de Administración Pública*, n.º 122, mayo-agosto 1990, pp. 235 y ss.; J. L. PIÑAR MAÑAS, «El derecho de fundación como derecho constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 9, 1996, pp. 147 y ss.

(art. 81.1 CE), aunque sí está cubierto por la triple salvaguardia prevista por el artículo 53.1 CE: carácter vinculante, reserva de ley y control de constitucionalidad. El artículo 34 CE consagra así una garantía institucional en relación a las fundaciones ⁴, que obliga al legislador a desarrollar el marco legal necesario para el ejercicio del derecho de fundación ⁵. Quién ostente la competencia para el desarrollo normativo y aplicación del derecho de fundación será la cuestión que abordaremos a partir de ahora, con la vista puesta en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

2. Régimen competencial

El desarrollo en España del Estado Autonómico ha influido decisivamente en el régimen jurídico de la materia fundacional, que ha pasado a ser una cuestión prolijamente regulada. A la originaria dualidad de regímenes aplicables, civil y administrativo, se añade a partir de 1978 la regulación de las distintas normativas autonómicas ⁶.

A) El artículo 149 CE

La Constitución no concibe al fenómeno fundacional como materia dotada de sustantividad propia a efectos competenciales. La determinación del régimen jurídico de tales entes no figura en los listados de los artículos 148.1 ni 149.1 CE, y la única mención expresa sobre la materia que la Constitución contiene —el ya visto art. 34, que consagra el derecho de fundación— no aclara la necesaria distribución competencial, ya que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, el citado precepto no es una norma atributiva de competencias ⁷. En consecuencia, deviene imperativo acudir al artículo 149.3 CE, que dispone en su primer inciso que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución podrán corresponder a las Comunidades

⁴ E. NIETO GARRIDO, «Artículo 34», en E. CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO y M. BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer España, Madrid, 2009, p. 923. En el mismo sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit. *Vid.* también P. SALVADOR CODERCH y J. C. SEUBA TORREBLANCA, «Fundaciones, interés general y títulos de aportación», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-29, tomo 1, La Ley.

⁵ S. MADRID CORRALES y O. LOEWE BOENTE, «El derecho de fundación: artículo 34 CE», en M. ARAGÓN REYES y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS (dirs.), *La Constitución y la Práctica del Derecho. Tomo II*, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 1771.

⁶ V. DE PRIEGO FERNÁNDEZ, «Consideraciones sobre las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones», en *Revista de Derecho Privado*, n.ºs 9-10, septiembre 2004.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 341/2005, de 21 de diciembre.

Autónomas en virtud de las asunciones de competencias en sus respectivos Estatutos, siempre que no resulten afectadas las competencias reservadas al Estado por el artículo 149.1 CE.

En materia de fundaciones no reside en manos del Estado ningún título competencial expreso, pero de tal situación no puede extraerse la conclusión de que el Estado carezca de competencias en relación con el derecho de fundaciones proclamado en el artículo 34 de la Constitución. Antes bien, asistimos a la concurrencia sobre una misma materia de varios títulos, sin perjuicio de la aplicación del citado artículo 149.3 CE:

i) Al Estado compete, en virtud del *artículo 149.1.1* de la Constitución, regular «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Este es un título competencial complejo e impreciso; el término «condiciones básicas» —distinto al de «bases» y al de «normas básicas» de otras reglas del art. 149.1 CE⁸— no determina la posible intervención normativa estatal, sino las circunstancias tanto materiales como jurídicas que pueden promover la igualdad. Así, la cláusula «condiciones básicas» sirve al Estado para reservarse la regulación de ciertos aspectos dentro de la materia genérica «fundaciones» sobre los que no podrán incidir las Comunidades Autónomas.

ii) Otros títulos competenciales del Estado le habilitan igualmente para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones. Destacadamente, el *artículo 149.1.6.^a CE*, en lo relativo a los aspectos procesales; el *artículo 149.1.8.^a CE*, respecto de los aspectos civiles, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del derecho civil foral o especial allí donde exista; así como el *artículo 149.1.14.^a CE*, en cuanto al establecimiento de los instrumentos para estimular la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general, mediante medidas fiscales.

En ejercicio de las facultades conferidas al Estado por estos títulos competenciales, la normativa fundamental sobre fundaciones vigente a nivel estatal es la siguiente: a) Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (BOE 310, de 27.12.2002); b) Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (BOE 307, de 24.12.2002); c) Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (BOE 254, de 23.10.2003); d) Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre,

⁸ M. CUNILLERA I BUSQUETS, «Las competencias de las Comunidades Autónomas», en J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de Fundaciones. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 1087.

por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal (BOE 279, de 22.11.2005); y e) Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal (BOE 17, de 19.1.2008).

B) *Los Estatutos de Autonomía*

Ante el mutismo del artículo 149.1 de la Constitución en lo referente a la distribución de competencias en materia de fundaciones, es lógica consecuencia que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, sean los textos estatutarios la sede en que las fundaciones adquieren relevancia competencial⁹. Es sobradamente conocido que el sistema descentralizado español se sostiene en el llamado «principio de disponibilidad», por el cual son las Comunidades Autónomas las llamadas a manifestar su voluntad de asumir un determinado volumen competencial a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, sin perjuicio de la atribución de competencias mediante las Leyes del Estado de transferencia o delegación del artículo 150.2 CE¹⁰. También en el ámbito que nos ocupa son los Estatutos de Autonomía las normas llamadas a fijar las competencias, por lo que si no existe una asunción competencial expresa por parte de una Comunidad no podrá decirse que la competencia en materia fundacional le corresponda, a menos que le haya sido transferida o delegada por el Estado.

De lo anterior no se deriva, sin embargo, que la asunción de la competencia en materia de fundaciones por parte de las Comunidades Autónomas atribuya a éstas un ejercicio libre e incondicionado de la misma. Antes al contrario, la Comunidad Autónoma habrá de tener en cuenta las diversas competencias que la Constitución reserva al Estado y que pueden incidir en la materia fundacional; destacadamente, como hemos visto, las relativas a «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1.^a de la Constitución); sobre «legislación procesal» (art. 149.1.6.^a), sobre «legislación civil» (art. 149.1.8.^a), y sobre «Hacienda general y deuda del Estado» (art. 149.1.14.^a). En la práctica tal limitación se traduce en la aplicabilidad directa en todo el territorio del Estado de ciertos preceptos de la normativa estatal sobre fundaciones, excluyéndose así la competencia normativa de las Comunidades Autónomas sobre estos ámbitos concretos reservados al Estado.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1983, de 5 de agosto.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 48/1988, de 22 de marzo.

A estas competencias exclusivas estatales, traducidas en recíprocas limitaciones al ejercicio de las atribuciones autonómicas en materia de fundaciones, responde la delimitación competencial recogida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones¹¹, siguiendo así la pauta marcada por su antecesora directa —la Ley 30/1994, de Fundaciones y de Incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (BOE núm. 282, de 25.11.1994)¹²—, si bien su redacción no es idéntica¹³. En su disposición final primera, la Ley 50/2002 determina su propio ámbito de aplicación desde el punto de vista de la distribución territorial de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, de tal modo que los límites a la capacidad legislativa de los Parlamentos Autonómicos en materia de fundaciones se encuentran en los preceptos dictados por el Estado al amparo de sus competencias exclusivas, según el esquema siguiente:

i) Con base en el título competencial previsto en el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34 CE, y son de aplicación general en todo el Estado, los siguientes artículos de la Ley estatal: artículo 2 (concepto de fundación); artículo 3, apartados 1, 2 y 3 (definición de los beneficiarios de la fundación y de los fines de interés legal que debe perseguir ésta); artículo 4 (personalidad jurídica de la fundación); artículo 14 (existencia obligatoria del Patronato como órgano principal de la fundación); artículo 31 (causas de extinción de la fundación), y artículo 34.1 (constitución del Protectorado como garante del correcto ejercicio del derecho de fundación y de la legalidad de la constitución y funcionamiento de la misma).

ii) El apartado segundo de la disposición final primera de la Ley establece que, al amparo de las competencias exclusivas estatales previstas en los artículos 149.1.1.^a y 149.1.8.^a de la Constitución, son de aplicación general y directa en todas las Comunidades Autónomas los siguientes preceptos de la Ley 50/2002: artículo 6 (domicilio y sede de las fundaciones), artículo 7 (régimen

¹¹ C. BOTELLA GARCÍA-LASTRA, «Aplicación temporal del régimen especial. Régimen transitorio y desarrollos normativos», en S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, Fundación ONCE-Iustel, Madrid, 2005, pp. 1114 y ss.

¹² Un estudio sintético de la disposición final primera de la citada Ley de 1994 puede encontrarse en J. F. MERINO MERCHÁN y J. L. PALMA FERNÁNDEZ, «Artículo 34: Derecho de Fundación», en Ó. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo III*, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, Odessa, Madrid, 1996, pp. 568-569.

¹³ Así lo advierte T. CARRANCHO HERRERO, «Los Estatutos», en J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de Fundaciones. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 455.

men de la actividad de las fundaciones extranjeras en España) y artículo 37.4 (efectos de la inscripción en el Registro de Fundaciones y régimen de los actos no inscritos, dejando a salvo lo que al respecto pueda establecer la normativa reguladora del resto de Registros públicos). Nótese que a diferencia de los incluidos en el apartado i) anterior, los artículos relacionados en este bloque no constituyen condiciones básicas.

iii) Límites a la capacidad legislativa autonómica en cuanto a los preceptos dictados al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.^a CE, pues éstos constituyen legislación civil y son de aplicación general, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o Especial allí donde exista —supuesto que no concurre en el caso de Castilla-La Mancha—. Éstos artículos son: artículo 5 (reglas imperativas sobre la denominación de la fundación); artículo 8 (capacidad para fundar); artículo 9 (modalidades de constitución de la fundación); artículo 10 (contenido mínimo imperativo de la escritura de constitución de la fundación); artículo 11 (contenido obligatorio de los Estatutos de la fundación); artículo 12 (naturaleza y cuantía de la dotación a la fundación); artículo 13 (régimen de la fundación en proceso de formación); artículo 17, apartados 1 y 2 (responsabilidad de los patronos); artículo 18, apartados 1, 2 y 4 (sustitución y cese de los patronos de la fundación e inscripción en el registro de dichas eventualidades); artículo 19.1 (composición del patrimonio de la fundación); artículo 22, apartados 1 y 2 excepto el último inciso (aceptación de herencias y legados por los patronos de la fundación); artículo 29, apartados 1, 2, 3 y 5 (modificación de los Estatutos); artículo 30, apartados 1, 3 y 4 (régimen de la fusión de fundaciones); artículo 32 (formas de extinción de la fundación), y artículo 42 (régimen de la intervención temporal de la fundación).

iv) Son de aplicación general al amparo del artículo 149.1.6.^a de la Constitución, por constituir legislación procesal, los preceptos de la Ley 50/2002 que a continuación se enumeran: artículo 17.3 (legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad contra los patronos); artículo 18.3 (suspensión cautelar de los patronos una vez entablada la acción de responsabilidad); artículo 21.3, segundo párrafo (ejercicio de la acción de responsabilidad contra los patronos en los supuestos de enajenación o gravamen de bienes que resulten lesivos para la fundación); artículo 22.2, último inciso (acción de responsabilidad contra los patronos en los supuestos de aceptación de legados y herencias con cargas que resulten lesivos para la fundación); artículo 35.2 (legitimación del Protectorado para ejercitar la acción de responsabilidad contra los patronos por daños y perjuicios, para instar su cese y para impugnar los actos y acuerdos del Patronato que estime contrarios a Derecho), y artículo 43 (régimen de recursos jurisdiccionales).

De la exposición precedente se desprende que, a tenor de la disposición final primera de la Ley 50/2002, de los 46 artículos que componen dicha norma la mayoría de ellos son de aplicación general a todo el territorio español, resultando así que solamente no son de obligado cumplimiento para las Comunidades Autónomas que no gocen de derecho civil foral o especial un reducido número de ellos.

Concretamente la Ley estatal, por imperativo de la atribución competencial exclusiva al Estado en las materias vistas, sólo permite márgenes de regulación autonómica en lo que se refiere a la conformación del Patronato y su régimen de delegación y apoderamientos, a la titularidad de bienes y derechos y enajenación y gravamen de los mismos, al funcionamiento y actividad de la Fundación, la liquidación, las funciones del Protectorado, el Registro de Fundaciones y las Fundaciones del sector público. Son éstos los únicos apartados de entre los recogidos en la Ley estatal, por tanto, en los que las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de fundaciones tienen plena capacidad legislativa.

II. Régimen jurídico de las fundaciones en Castilla-La Mancha

1. Competencias asumidas

i) La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ostenta competencia en materia de fundaciones en virtud de lo establecido en el artículo 31.1.25.^a de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, reformada por la Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio. A tenor de dicho precepto, «1. La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha asume las siguientes competencias exclusivas: [...] 25.^a Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma». El Proyecto de Reforma del Estatuto de Autonomía presentado ante las Cortes Generales, aún en trámite, mantiene en lo esencial los términos en que se formula la competencia autonómica sobre fundaciones, si bien trasladándola al artículo 114, y aludiendo de modo diferenciado a la competencia autonómica exclusiva para la fijación de criterios, la ejecución y el control de las ayudas públicas otorgadas por el Gobierno autonómico a las fundaciones:

«Artículo 114. *Asociaciones y fundaciones.*

1. La Junta de Comunidades tiene atribuida de forma exclusiva la competencia en materia de régimen jurídico de las asociaciones y fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Castilla-La Mancha de acuerdo con lo establecido por el Estado.

2. La Junta de Comunidades tiene también atribuida de forma exclusiva la fijación de los criterios, la regulación de las condiciones, la ejecución y el control de las ayudas públicas a las asociaciones y las fundaciones otorgadas por la misma».

La formulación de la competencia en el Estatuto castellano-manchego vigente es casi idéntica a la de los Estatutos de Autonomía de otras tantas Comunidades, como Baleares, Madrid, Castilla y León, Extremadura, Asturias, Cantabria, La Rioja o Murcia. Al igual que en ellos, la distribución de la competencia descansa en el criterio del ámbito territorial sobre el que se extiende el desarrollo principal de las actividades de las fundaciones. Este acentuado paralelismo responde al origen común de la asunción de tales atribuciones por los respectivos Estatutos, impulsado por la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de Competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución. En concreto, el artículo 2.f) de esta ley orgánica preveía la asunción por parte de las Comunidades Autónomas que aún no lo hubieran hecho de la «*competencia exclusiva sobre fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma*». Dicha competencia se incorporaría más tarde al articulado de los distintos Estatutos de Autonomía, y de forma progresiva, mediante reformas legislativas, las Comunidades la han ido ejercitando. Sin embargo, a ese pretendido carácter «exclusivo» de la competencia sobre fundaciones hay que referir dos matizaciones.

En primer lugar, debe recordarse que por competencia exclusiva se entiende la asunción de todas las funciones (legislación y ejecución) en relación al ámbito material concreto. El principal problema que plantea este tipo competencial es que posteriormente la práctica oscurece la exclusividad, y aparecen diversas conexiones con materias competenciales sobre las que el Estado sí retiene algunas facultades que le permiten incidir sobre la competencia autonómica pretendidamente exclusiva. Por tanto, aunque la competencia puede seguir conceptuándose como tal¹⁴, al concepto de «competencia exclusiva» debe atribuírsele un valor relativo¹⁵, pues, como tempranamente advirtió el Tribunal Constitucional, el adjetivo «exclusivo» ha sido utilizado con un «sentido marcadamente equívoco (...) tanto en el texto de la Constitución como

¹⁴ J. TORNOS MAS, «El sistema competencial», en L. ORTEGA ÁLVAREZ (dir.), *Estudios sobre el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha*, Cortes de Castilla-La Mancha, Toledo, 1995, pp. 339 y ss.

¹⁵ J. M. CALVO RAMÍREZ, «Extralimitación competencial de las leyes autonómicas sobre fundaciones y, en particular, de la Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones canarias», en *Actualidad Administrativa*, n.º 28, Semana 9, 15 de julio de 1990, p. 309.

en el de los Estatutos de Autonomía»¹⁶, debiendo tenerse en cuenta en el reparto competencial «la coincidencia sobre una misma materia de intereses generales de diverso alcance, dado que un mismo objeto es susceptible —generalmente— de ser situado en diversos campos»¹⁷.

En segundo término, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas que han asumido competencias en materia de fundaciones puedan legislar sobre ellas ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional, al declarar, respecto del mandato al legislador contenido en el artículo 34.1 CE para que complete la configuración del derecho de fundación, que «un análisis armónico del bloque de constitucionalidad (...) pone de manifiesto que tal llamamiento se dirige tanto al legislador estatal como a los legisladores autonómicos»¹⁸.

ii) Junto a la asunción competencial efectuada por el Estatuto de Autonomía castellano-manchego en su artículo 31.1.25.^a debe tenerse en cuenta lo previsto por el *Real Decreto 385/1995, de 10 de marzo, de Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de fundaciones*¹⁹. Dictado sobre la base del precepto estatutario citado, respetando los artículos 149.1.1.^a y 8.^a de la Constitución, y de conformidad con el Real Decreto 1064/1983, de 13 de abril, y la disposición transitoria quinta del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha —que establecen las normas que regulan la forma y condiciones a las que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma—, en virtud de este Real Decreto quedaban traspasadas a Castilla-La Mancha las funciones que la Administración del Estado realiza respecto de las fundaciones que desarrollan principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Asimismo preveía el desarrollo coordinado con la Administración del Estado de funciones de información recíproca sobre fundaciones que afecten a Castilla-La Mancha, estén inscritas en su Registro o sean pertinentes para la elaboración de las estadísticas de interés general relativas a los servicios traspasados.

También en normativa de carácter sectorial ha sido traspasada la competencia en materia de fundaciones especiales a la Comunidad Autónoma. Es el caso, por ejemplo, del Real Decreto 1476/2001, de 27 de diciembre, de Traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud²⁰. Según su artículo B.1.j), quedan

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1981, de 16 de noviembre.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 42/1981, de 22 de diciembre.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 341/2005, de 21 de diciembre.

¹⁹ Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 24, de 12 de mayo de 1995.

²⁰ BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2001.

traspasadas a la Comunidad Autónoma «la tutela y el control sobre las fundaciones sanitarias ubicadas en su ámbito territorial».

2. *Competencias normativas. Derecho aplicable*

i) Habiendo asumido estatutariamente el legislador autonómico competencia, como hemos visto, sobre el régimen jurídico de las fundaciones que desarrollen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el dato primordial es la inexistencia hasta el momento de una Ley autonómica sobre fundaciones. Desde la asunción del título competencial en 1994 la actividad legislativa autonómica en materia de fundaciones brilla por su ausencia. No es sólo que no se halla llegado a plantear un proyecto de Ley autonómica de Fundaciones, sino que además la materia fundacional ha estado casi totalmente ausente de los debates parlamentarios autonómicos²¹, como demuestra una lectura de las Memorias de actividades parlamentarias de las Cortes de Castilla-La Mancha²².

ii) La normativa sectorial emanada por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha sí alude, si bien de modo muy puntual, a ciertos aspectos del régimen jurídico de las fundaciones. Es de resaltar la previsión al respecto efectuada por la Ley núm. 10/2008, de 19 de diciembre, de Presupuestos de Castilla-La Mancha para 2009²³, cuyo artículo 16 somete a la autorización del Consejo de Gobierno regional la creación de fundaciones públicas y la participación de éstas en consorcios. A su vez, las disposiciones adicionales octava y décima recogen, respectivamente, el régimen de aportaciones de la Comunidad Autónoma a fundaciones y de las encomiendas efectuadas a éstas.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha²⁴, en su artículo 70.2 incluye a las fundaciones «que tengan la consideración de sector público» en el ámbito de aplica-

²¹ Entre las contadísimas excepciones está la pregunta parlamentaria con respuesta escrita planteada por el Diputado autonómico P. Fernández-Jordán Fernández, acerca del Desarrollo de un Plan Anual de Formación de Equipos de Gestión de Asociaciones y Fundaciones. La pregunta fue publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 95, de 20 de abril de 2001, y la respuesta en el núm. 104, de 25 de abril de 2001. Existe constancia también de la presentación de una Proposición No de Ley por parte de varios Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, relativa al Reglamento de las Fundaciones Públicas Sanitarias. Está publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 36, de 21 de marzo de 2000.

²² Disponibles en formato electrónico en la web de las Cortes de Castilla-La Mancha: <http://www.cortesclm.es/index.htm>

²³ Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 269, de 31 de diciembre de 2008.

²⁴ Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 149, de 29 de noviembre de 2002.

ción subjetivo de la normativa sobre subvenciones públicas de la Comunidad Autónoma. Partiendo de este precepto, el Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones ²⁵ recoge, en su artículo 5, el régimen de las «entregas dinerarias sin contraprestación otorgadas por fundaciones del sector público y entes de Derecho público dependientes de la Administración Regional que se rijan por el Derecho privado».

También en el ámbito de las subvenciones públicas, pero con carácter de eventual beneficiarias de las mismas, existen normas autonómicas atinentes a las fundaciones. Así, en los sectores de la artesanía y del turismo, la Orden autonómica de 13 de agosto de 2008 ha establecido las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a fundaciones del sector artesano de Castilla-La Mancha, así como a asociaciones y entidades sin ánimo de lucro para la realización de actividades de promoción turística de Castilla-La Mancha ²⁶. Asimismo, la actividad de las fundaciones públicas de la Comunidad Autónoma está sometida a la fiscalización de la Sindicatura de Cuentas regional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 5/1993, de 27 de diciembre, de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha ²⁷, modificada por la Ley 13/2007 de 8 de noviembre ²⁸.

iii) Dada la ausencia de desarrollo autonómico de la competencia asumida en virtud del artículo 31.1.25.^a de su Estatuto, y ante la existencia únicamente de regulaciones sectoriales dispersas e incompletas, la práctica autonómica ha acogido la aplicabilidad supletoria de la normativa estatal sobre la materia. Hemos visto hasta ahora que la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, incluye 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 (art. 149.1.1.^a CE), bien por su naturaleza procesal (art. 149.1.6.^a CE), bien por incorporar normas de derecho civil, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del derecho civil foral o especial allí donde exista (art. 149.1.8.^a CE). Los restantes preceptos de la Ley mencionada serían de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal (apartado cuarto de la disposición adicional primera de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones). Ahora bien, esos artículos serán igualmente aplicables con carácter supletorio en aquellas Comunidades Autónomas que,

²⁵ Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 33, de 13 de febrero de 2008.

²⁶ Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 173, de 21 de agosto de 2008.

²⁷ Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 2, de 12 de enero de 1994.

²⁸ Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 239, de 16 de noviembre de 2007.

como Castilla-La Mancha, no hayan dado desarrollo normativo a su competencia en materia de fundaciones.

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha reiterado que la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal recogida en el último inciso del artículo 149.3 de la Constitución no es en modo alguno un título competencial, y que el Estado no puede dictar leyes con un simple valor supletorio²⁹; añadiendo además que «la aplicación supletoria de las normas estatales no puede venir impuesta por el legislador»³⁰, sino que debe ser realizada, en cada caso concreto, por el aplicador del Derecho que detecte una laguna en el ordenamiento autonómico. De ahí que en la vigente Ley estatal de fundaciones haya desaparecido la mención expresa a su carácter supletorio, que sí recogía su antecesora de 1994³¹.

Ello no impide, sin embargo, que la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sea aplicada de modo supletorio a las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Por el contrario, estamos ante un caso de aplicación del principio de supletoriedad del Derecho estatal caracterizado por la inactividad de la Comunidad Autónoma en cuanto al desarrollo de una regulación que queda dentro de sus facultades, provocando ella misma el vacío normativo y dando lugar a la aplicación de las normas estatales para cubrirlo. De este modo, la aplicación de la normativa estatal neutraliza las consecuencias negativas de la inactividad del legislador autonómico. Debe entenderse que lo que sí excluye la jurisprudencia constitucional es derivar de la cláusula del artículo 149.3 CE un poder normador general del Estado que le permitiera entrar en las materias autonómicas bien con carácter supletorio o de segundo grado.

Esta variante de aplicación del principio de supletoriedad, que ha sido utilizada de modo relativamente frecuente en la primera legislación de las Comunidades Autónomas, puede emplearse de manera legítima siempre que se observen algunos límites. Señaladamente, las normas estatales a aplicar de modo supletorio han de tener alguna correspondencia con la posición y las competencias de la Comunidad Autónoma, y nunca pueden invocarse con

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 15/1989, de 26 de enero, sobre la Ley General de Consumidores: «La cláusula de supletoriedad no puede entenderse como una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado». En términos muy similares, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 118/1996, de 27 de junio, sobre legislación de ordenación de los transportes terrestres. Véase también la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 61/1997, de 20 de marzo, sobre la Ley del Suelo.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 147/1991, de 4 de julio.

³¹ En ésta línea se encuentra, entre otros, T. GONZÁLEZ CUETO, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 416 y 417.

carácter supletorio cuando la distribución competencial les atribuya aplicabilidad directa en la Comunidad Autónoma concreta ³².

En tal orden de ideas se ha posicionado expresamente y de modo reiterado el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuyos dictámenes, no obstante su ausencia de carácter vinculante, sí abonan una primera impresión en este sentido. Concretamente en su Dictamen núm. 65/1997, de 21 de octubre, el Consejo Consultivo afirmaba que «ante la ausencia de desarrollo normativo [de la competencia exclusiva asumida en materia de fundaciones], resulta de aplicación la legislación estatal», de modo tal que el régimen jurídico estatal vigente «sería el directamente aplicable en ausencia de regulación normativa autonómica en la materia».

La misma línea puede apreciarse en la escasa jurisprudencia arrojada hasta el momento por los órganos del ámbito jurisdiccional castellano-manchego. Muestra de ello es, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a) núm. 155/2002 de 15 de marzo, que aplica la Ley de Fundaciones estatal (en aquel momento, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre) al supuesto de fusión de dos fundaciones de Castilla-La Mancha. En términos similares se ha manifestado este mismo órgano en su Sentencia núm. 289/2003, de 7 de mayo, en la que establecía como ley aplicable para la determinación de la legalidad o no de una fundación actuante en la Comunidad Autónoma la Ley de Fundaciones entonces vigente (la núm. 30/1994, de 24 de noviembre). Esta situación se ha prolongado tras la promulgación de la vigente Ley estatal hasta la actualidad, existiendo también ejemplos de ello en la jurisprudencia menor. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.^a) núm. 215/2005, de 17 de junio, entre otras, ha confirmado la aplicación a las fundaciones castellano-manchegas de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

3. Competencias ejecutivas

Castilla-La Mancha sí ejerce sus competencias ejecutivas en el ámbito fundacional, concretamente en lo relativo a las actividades de Registro y de Protectorado. Conforme a lo establecido en el artículo 4.2.o) del Decreto 147/2008, de 9 de septiembre, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por el que se establece la estructura orgánica y la distribución de competencias de la Consejería de Administraciones Públicas y Justicia ³³, el

³² S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, II. *El ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 277 y ss.

³³ Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 189, de 12 de septiembre de 2008.

ejercicio de las funciones de Protectorado de las fundaciones de Castilla-La Mancha, así como del Registro de fundaciones, corresponde a la Secretaría General de la Consejería de Administraciones Públicas y Justicia. Según el mencionado precepto, la Secretaría General, con rango de Dirección General, tiene expresamente atribuida la competencia de «ordenación y gestión del Registro y Protectorado de fundaciones, del Registro de Asociaciones y del Registro de Parejas de Hecho de Castilla-La Mancha».

A la hora de estructurar la organización del protectorado autonómico, por efecto de lo establecido por el Real Decreto 385/1995, de 10 de marzo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha³⁴, se ha adoptado el modelo de protectorado único³⁵. Ejercerá sus funciones, por lo tanto, independientemente del ámbito material en que se inscriban los fines de la fundación concreta, la Secretaría General antes mencionada³⁶.

Por su parte, el Registro de fundaciones de Castilla-La Mancha tiene por objeto la inscripción de las fundaciones cuyo ámbito de actuación sea la Comunidad Autónoma, así como la inscripción, constancia y depósito de los actos, negocios jurídicos y documentos relativos a las mismas. La inscripción es ordenada, en su caso, por Resolución de la Secretaría General de la que depende el Registro.

III. Conclusiones

Castilla-La Mancha ha asumido competencia en materia de «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma» a través del artículo 31.1.25.^a de su Estatuto de Autonomía. Hasta el momento no existe una Ley autonómica de fundaciones, por lo que se aplica supletoriamente la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en aquellos de sus preceptos que no son de aplicación general a todas las fundaciones en virtud de algún título competencial exclusivo estatal. Por otra parte, Castilla-La Mancha sí ejerce sus competencias ejecutivas en materia de fundaciones, concretamente en lo referido a las actividades de Registro y Protectorado.

³⁴ Diario Oficial de Castilla-La Mancha núm. 24, de 12 de mayo de 1995.

³⁵ A. BENGOCHEA BARTOLOMÉ y J. M. LÓPEZ GARCÍA, «El Protectorado», en J. M. BENEYTO PÉREZ (dir.), *Tratado de Fundaciones*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 810.

³⁶ Sobre el control administrativo de las fundaciones a través del Protectorado y la problemática derivada al respecto del reparto competencial, véase J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador: estudio desde la evolución del Derecho español de fundaciones del régimen jurídico de la voluntad del fundador en la Constitución de 1978 y en la Ley 30/1994, de 24 de noviembre*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 167-202.

Las fundaciones en Asturias ¹

Alejandro Huergo Lora

Javier García Luengo

Profesores Titulares de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. LA COMPETENCIA AUTONÓMICA.—II. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA ENCARGADA DE LAS FUNDACIONES EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS.—III. LA NORMATIVA APROBADA POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.—IV. ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS.—V. FUNDACIONES PRIVADAS DEPENDIENTES DE LA COLABORACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—VI. JURISPRUDENCIA.

I. La competencia autonómica

La intervención del Principado de Asturias en materia de fundaciones tiene su fundamento jurídico en el artículo 10, apartado 30, del Estatuto de Autonomía, que le atribuye «competencia exclusiva» sobre las «[f]undaciones que desarrollen principalmente sus actividades en el Principado de Asturias». Al haber accedido a la autonomía por la vía del artículo 143 CE, y tratarse de una competencia no incluida en el artículo 148.1, no pudo ser asumida en el texto estatutario original (Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre).

Fue el pacto autonómico que guió la ampliación competencial de las CCAA del artículo 143 en aplicación de lo previsto en el artículo 148.2 CE el que dio pie a la asunción de esta competencia. Así, la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, transfiere a Asturias (junto a otras CCAA del art. 143) la «competencia exclusiva» sobre «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma» [art. 2.f)]. A esta primera transferencia por la vía del artículo 150.2 CE siguió, como es sabido, la incorporación de las competencias a los Estatutos de Autonomía, lo

¹ Los autores del trabajo quieren agradecer la colaboración prestada por las personas que en la Administración del Principado de Asturias se encargan de esta materia y, en particular, por D. Pedro Isidro Rodríguez (Secretario General Técnico de la Consejería de Cultura y Turismo), Dña. Patricia González del Valle García (Jefa del Servicio de Contratación y Régimen Jurídico) y D. Emilio Pérez Matos (Jefe de la Sección de Fundaciones).

que en Asturias llevó a cabo la reforma estatutaria de 1994 (Ley Orgánica 1/1994, de 24 de marzo), donde aparecía en el apartado 24 del número 10, en idénticos términos a los utilizados por la Ley Orgánica 9/1992. La ubicación actual del precepto procede de la Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, donde aparece desplazado por la incorporación de otras competencias exclusivas.

La asunción efectiva de la competencia se produce con el Real Decreto 844/1995, de 30 de mayo, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de fundaciones. En relación con esta norma, es necesario subrayar que delimita el objeto de la transferencia en los siguientes términos: «Se traspasan al Principado de Asturias las funciones que la Administración del Estado realiza respecto de las fundaciones que desarrollan principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, *que figuran en la relación adjunta número 1*». En ese anexo figura una relativamente larga relación de fundaciones benéfico-asistenciales, docentes y laborales que las partes consideraron en aquel momento que desarrollaban sus funciones en Asturias y por tanto de mutuo acuerdo fueron traspasadas a la Comunidad Autónoma. De esta forma, el Real Decreto hizo una interpretación (no auténtica, aunque sí pactada) del punto de conexión fijado por la ley orgánica (y, después, por el Estatuto), para la delimitación de la competencia. Esta delimitación sólo vale, obviamente, para las fundaciones ya constituidas e inscritas antes de la aprobación de ese Real Decreto. Si tenemos en cuenta que los Reales Decretos de traspaso de funciones y servicios no pueden alterar ni modificar las competencias, que un Real Decreto no puede interpretar de manera vinculante una ley orgánica (estatutaria o no), y que las competencias no son derechos susceptibles de disposición, por lo que los Gobiernos estatal y autonómico no pueden pactar el modo en que han de interpretarse o delimitarse, se llega a la conclusión de la más que dudosa validez de la delimitación que efectúa el Real Decreto (sin perjuicio de que, por puras razones operativas, es conveniente e incluso necesario que, en el momento de la transferencia, se aclare qué hojas registrales van a pasar del registro estatal al autonómico).

Estas dudas no las comparte la Sala 3.^a del TS en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (recurso de casación 1387/2006), por la que desestima el recurso de casación interpuesto contra otra anterior de la Audiencia Nacional (de 3 de noviembre de 2005, recurso 242/2003). La doctrina relevante se encuentra en esta última sentencia, puesto que la del TS se limita a desestimar el recurso por su defectuosa formulación. En el caso, unos particulares recurrieron el acuerdo del entonces Ministerio de Educación, Cultura y Deporte por el que, ejerciendo la función de protectorado, se aprobó la enajenación de de-

terminados bienes del patrimonio dotacional de la Fundación «Evaristo Valle», que se constituyó en 1981 y tiene como principal cometido la gestión del museo dedicado a este pintor en Somió (Gijón). Quienes se oponían a la enajenación de esos bienes alegaban únicamente el supuesto vicio de incompetencia de la resolución autorizatoria, al corresponderle esa función de protectorado, en su opinión, a la Comunidad Autónoma. Sin discutir que la Fundación tenga su actividad principal en Asturias, la Audiencia Nacional desestima el recurso con el sencillo argumento de que sólo se entienden traspasadas las fundaciones enumeradas en el Anexo I.

Por otro lado, el criterio de limitar la competencia autonómica a las fundaciones que desarrollen su actividad en el ámbito de la Comunidad Autónoma, con la consecuencia de atribuir al Estado la competencia sobre las fundaciones que desarrollen su actividad sobre todo el territorio nacional o, como mínimo, sobre varias CCAA, aunque resulta impecable desde el punto de vista constitucional porque eso es justamente lo que dice el Estatuto (e incluso los Estatutos más recientes, como el catalán), puede provocar una centralización excesiva e innecesaria, tal como se destaca, por ejemplo, en el voto particular de la magistrada Casas Bahamonde a la STC 173/1995 a propósito de uno de los varios casos en los que la competencia autonómica no contiene esa autolimitación pero la aplica la legislación del Estado. Es curioso que el TC haya dado por bueno ese criterio (atribuir la competencia al Estado en aquellos supuestos en que el fenómeno sobre el que se interviene desborda el ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma) en los asuntos relacionados con la Administración económica (por ejemplo, seguros), y en cambio lo haya abandonado en otros como los espacios naturales (STC 194/2004), en los que ya no considera que el hecho de que un parque nacional tenga su territorio distribuido en varias CCAA atribuya competencias al Estado para su gestión. La idea de que las CCAA sólo pueden ocuparse de asuntos o sujetos que no salgan de su propio territorio, además de limitar enormemente el ámbito competencial autonómico, ignora la existencia de numerosos instrumentos que permiten la coordinación de las competencias autonómicas sin necesidad de trasladarlas a un ente superior (del mismo modo que, en el ámbito comunitario, el hecho de que las empresas de un Estado puedan actuar en otro no conduce a atribuir las competencias de autorización o control de las mismas a la Comisión).

II. La organización administrativa encargada de las fundaciones en el Principado de Asturias

El ejercicio de la competencia exclusiva del Principado de Asturias en materia de fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades en el te-

territorio de la Comunidad que acabamos de examinar está atribuido a distintos órganos de la Administración asturiana en una regulación difícilmente justificable, no sólo por multiplicar los recursos públicos, sino sobre todo porque dada la abundancia de fundaciones públicas en sentido estricto o que tienen una participación importante del propio Principado se produce una confusión no ya sólo entre la persona jurídica que ejerce el Protectorado y el Patronato de la fundación —cuestión difícilmente evitable— sino entre las mismas personas físicas que son titulares de ambos órganos —público y «privado»—. El origen de esta dispersión competencial no es otro que la inercia respecto a la organización estatal, con una división departamental que sólo ahora, con los reglamentos de la Ley de Fundaciones y del registro de fundaciones de competencia estatal a los que se hará referencia más adelante, se está corrigiendo.

En concreto, la distribución competencial en materia de fundaciones se ajusta al siguiente esquema:

Fundaciones docentes y culturales: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.h) del Decreto 123/2008, de 27 de noviembre, de Estructura Orgánica de la Consejería de Cultura y Turismo, corresponde a la Secretaría General Técnica de la citada Consejería «[e]l asesoramiento, estudio y coordinación de las funciones de protectorado de fundaciones que competen a la Consejería en materia de fundaciones docentes y culturales de interés general del Principado de Asturias, así como la llevanza del correspondiente Registro».

El Registro a que alude la norma es el regulado por el Decreto 34/1998, de 18 de junio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias y en el que se escribirán, según precisa su artículo 2, «aquellas organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tengan afectado su patrimonio a fines educativos, culturales o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga, siempre que desarrollen principalmente sus funciones en el Principado de Asturias».

Fundaciones asistenciales: Según dispone el artículo 2.2.f) del Decreto 124/2008, de 27 de noviembre, de Estructura Orgánica Básica de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, corresponde a la Secretaría General Técnica de dicha Consejería «[e]l asesoramiento, estudio y coordinación de las funciones de protectorado de fundaciones asistenciales de interés general y la llevanza del Registro de Fundaciones».

El Registro en cuestión, en este caso, es el previsto por el Decreto 18/1996, de 23 de mayo, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias, cuyo artículo 2 impone la

inscripción en el mismo de «aquellas organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tengan afectado su patrimonio a fines de asistencia social, sanitarios, de promoción del voluntariado social o cualesquiera otros fines de interés general de naturaleza análoga, siempre que desarrollen principalmente sus funciones en el Principado de Asturias».

Fundaciones laborales: La competencia en materia de registro de fundaciones laborales se establece en el artículo 2 del Decreto 82/2005, de 28 de julio, por el que se crea y regula el Registro de Fundaciones Laborales del Principado de Asturias en los siguientes términos: «El Registro de Fundaciones Laborales se adscribe a la Consejería competente en materia laboral, bajo la dependencia de la Dirección General a la que esté atribuida dicha materia». Por lo que en la actualidad la competencia corresponde a la Dirección General de Trabajo, Seguridad Social y Empleo, según dispone el artículo 6 del Decreto 103/2007, de 25 de julio, de Estructura Orgánica Básica de la Consejería de Industria y Empleo, en la redacción dada por Decreto 37/2009, de 27 de mayo.

En el Registro de Fundaciones Laborales, según el citado Decreto 82/2005, deberán inscribirse «los actos relativos a las organizaciones constituidas sin fines de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a fines de carácter laboral de interés general, en beneficio de los trabajadores y sus familiares o cualesquiera otros fines de naturaleza análoga y que desarrollen principalmente sus actividades en el ámbito territorial del Principado de Asturias, así como los demás actos que, de acuerdo con la legislación vigente, hayan de inscribirse en el mismo».

Esta dispersión en tres Consejerías distintas de las funciones de protectorado y registro no contribuye a una gestión adecuada del sector en el ámbito de la Comunidad Autónoma, lo que se agrava por el hecho de que la normativa que rige los distintos Registros de fundaciones no establece formalmente canales de comunicación entre los mismos y porque las definiciones del ámbito subjetivo de cada Registro son, como hemos visto, muy amplias, lo que propicia el solapamiento y la confusión competencial. Por otra parte, la falta de centralización de estas funciones y su proximidad a la gestión material de ámbitos concretos de la actuación del Principado hace que se produzca con mayor frecuencia la concurrencia en una misma persona física de las funciones de protectorado y de patronazgo de la fundación en aquellas que tengan naturaleza pública o en las que, al menos, exista participación del Principado, con lo que se desnaturalizan las funciones legalmente atribuidas a ambos cargos. Por todo ello, sería conveniente la acumulación de las funciones de registro y protectorado en un solo órgano de la Administración del Principado como podría ser la Intervención General, que ya ejerce importantes funciones de con-

trol sobre estos entes y a cuya intervención se presupone una cierta autonomía funcional.

Al margen de estas normas de atribución de funciones en materia de protectorado y registro de fundaciones debemos destacar en relación con las *Fundaciones Públicas* y aquellas que tengan participación, aunque sea minoritaria, del Principado de Asturias lo que dispone el artículo 26 del Decreto 122/2008, de 27 de noviembre, de Estructura Orgánica Básica de la Consejería de Economía y Hacienda, en relación con la competencia del Servicio de Empresas y Entes Públicos dependiente de la Dirección General de Economía: «Al Servicio de Empresas y Entes Públicos le corresponde, en relación con las unidades institucionales del sector público autonómico, es decir, las sociedades mercantiles, consorcios, fundaciones y otros entes públicos, participados o financiados mayoritariamente por el Principado de Asturias, el seguimiento y control de su actividad económico-financiera, la elaboración de informes económicos y análisis para su coordinación y racionalización y, en particular, el análisis de la coherencia de sus presupuestos individuales con la política general del Principado de Asturias. En relación con otras unidades, es decir, las sociedades mercantiles, consorcios, fundaciones y otros entes públicos, participados minoritariamente por el Principado de Asturias, le corresponde el seguimiento y la elaboración de los informes económicos y análisis necesarios. Asimismo, es el responsable de la gestión, tramitación, administración y elaboración de las propuestas para adquirir o enajenar la participación en el capital de todas las unidades institucionales y la coordinación de las actuaciones de quienes representen al capital autonómico en sus órganos sociales de gobierno. Por último, dentro de su ámbito de actuación y en coordinación con la Intervención General, analizará el cumplimiento de la normativa sobre estabilidad presupuestaria».

Hay que tener en cuenta al respecto que el artículo 4.5 del Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias, incluye a las fundaciones públicas en el sector público asturiano bajo la denominación de Entes Públicos, en los siguientes términos: «Los entes públicos del Principado son aquellos órganos de carácter institucional o representativo, o desarrollados en coordinación con otras Administraciones Públicas, tales como consorcios o *fundaciones*, cuyo régimen legal y de funcionamiento será el que se derive de su normativa de creación y en los cuales la participación del Principado en su capital social, fondo social o aportación inicial sea mayoritaria». Esta inclusión determinará también la existencia de competencias en el control de estas fundaciones en manos de la Intervención General del Principado de Asturias y de la Sindicatura de Cuentas del mismo en los términos que ve-

remos más abajo al referirnos al régimen de las Fundaciones Públicas del Principado de Asturias.

III. La normativa aprobada por la Comunidad Autónoma

La Comunidad Autónoma del Principado de Asturias ha sido hasta la fecha muy parca en la regulación de las fundaciones, pese a que su «competencia exclusiva» en la materia le permite aprobar incluso una ley de fundaciones que recoja todo aquello que no forme parte de los títulos competenciales que el Estado invoca en la disposición final 1.^a de la Ley 50/2002.

Ni se ha aprobado una Ley autonómica de Fundaciones, ni se ha tramitado ningún proyecto o proposición de Ley. La legislación autonómica alude indirectamente a las fundaciones, bien para otorgarles subvenciones, bien para enumerarlas como uno más de los entes que conforman la Administración institucional, al objeto de someterlas a mecanismos de control como el de la Sindicatura de Cuentas, cuya ley reguladora coloca bajo el control de esta institución a «[l]a Administración del Principado de Asturias y sus organismos, entes, entidades, fundaciones y empresas públicas» [art. 2.a) de la Ley 3/2003, de 24 de marzo].

Tampoco existe un reglamento de subvenciones equiparable al RD 1337/2005, de 11 de noviembre, que habría que entender supletoriamente aplicable.

Por ello, la única normativa autonómica de cierta relevancia que se refiere directa y exclusivamente a las fundaciones es la relativa a los registros, siendo de reseñar que en el Principado de Asturias no se ha producido todavía la unificación registral de las fundaciones que en el estatal intentó el RD 384/1996, de 1 de marzo (carente, sin embargo, de efectos prácticos, puesto que no llegó a implantarse el registro único que creó), y ha consolidado el RD 1611/2007, de 7 de diciembre, por lo que siguen existiendo tres registros, uno para las fundaciones asistenciales, otro para las docentes y culturales y otro para las laborales, debido a la división organizativa que se ha estudiado en el epígrafe anterior.

El Decreto 18/1996, de 23 de mayo, regula el Registro de Fundaciones Asistenciales de Interés General del Principado de Asturias. Se trata de un largo texto, de 51 artículos, a medio camino entre la parquedad del Real Decreto 384/1996, que se apoyaba en la aplicación supletoria de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil, y el reciente RD 1611/2007. Esta norma regula el registro de manera bastante minuciosa, aunque sin exceder lo que corresponde a su título, puesto que, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo,

con el Reglamento del Registro Mercantil, que en parte es un reglamento de ejecución de las Leyes de sociedades mercantiles, esta norma regula estrictamente el registro.

Por otra parte, el Decreto 34/1998, de 18 de junio, muy similar al anterior, crea y regula el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias, modificado mínimamente en su artículo 1.2 en una cuestión puramente competencial por el Decreto 12/2000, de 3 de febrero. Esta norma regula el registro de manera bastante más detallada, desde luego, que el antiguo Decreto 2930/1972, de 21 de julio, que constituye su antecedente en la normativa estatal.

Las fundaciones laborales se rigen por el Decreto 82/2005, de 28 de julio, ligeramente distinto a los anteriores.

En estos tres Decretos se establece la obligatoriedad de la inscripción de las fundaciones «que desarrollen principalmente sus funciones en el Principado de Asturias», lo que no obsta para que en algunos casos fundaciones que claramente cumplen ese cometido (y que incluso deberían considerarse del sector público autonómico) se hayan inscrito en el registro estatal, lo que determina su sometimiento a la intervención y control ministerial.

Al margen de la normativa registral, se encuentran las normas que regulan las obligaciones de suministro de información que las fundaciones del sector público, como otros entes del mismo, tienen que presentar a efectos de control y fiscalización (Decreto 13/2007, de 14 de febrero, modificado por Decreto 22/2008), pero estas normas exceden del marco del presente trabajo porque no se refieren propiamente a las fundaciones, sino a la Administración y sus mecanismos de control.

IV. Algunas particularidades del régimen jurídico de las fundaciones públicas en el Principado de Asturias

La ausencia de una Ley autonómica de Fundaciones y la incidencia de numerosas normas tanto estatales como autonómicas sobre su régimen jurídico, que no siempre parten, además, de una misma definición de lo que por fundación pública haya de entenderse, hace particularmente complejo el régimen jurídico de este tipo de fundaciones en el Principado de Asturias.

El punto de partida de nuestra exposición sobre esta problemática pasa por descartar la posibilidad de aplicar la regulación que de las fundaciones del sector público estatal realiza la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, ya que como la propia disposición final de la misma determina en su apartado

cuarto, a salvo los preceptos que están amparados por algún título competencial previsto en el artículo 149 de la Constitución —entre los que no se encuentra ninguno de los incluidos en el Capítulo XI de la ley relativo a las Fundaciones del Sector Público Estatal—, «[l]os restantes preceptos de la presente Ley serán de aplicación a las fundaciones de competencia estatal». A *sensu contrario* no se registrarán por dichos preceptos de la ley las fundaciones de competencia autonómica entre las que están las que se integran en el sector público del Principado.

Por otra parte, dado el tenor de los preceptos incluidos en el citado Título XI de la Ley 50/2002, y la existencia de otras normas aplicables a todas las Administraciones Públicas (o bien a la del Principado de Asturias) que regulan dichas cuestiones, no parece existir ninguna laguna que justifique la aplicación supletoria de los preceptos de ese Título, ya que la regulación de estas materias se encuentra, bien que dispersa, en otras normas estatales o autonómicas que, en lo esencial, vamos a tratar de analizar.

En cuanto al *Régimen Presupuestario y de control económico* de las fundaciones públicas debemos destacar las siguientes previsiones:

1.º Las fundaciones, según dispone el artículo 4.5 del Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido del Régimen Económico y Presupuestario del Principado de Asturias, como ya señalamos, se incluirán entre los Entes Públicos, siempre que: «... la participación del Principado en su capital social, fondo social o aportación inicial sea mayoritaria». A primera vista parece haber un cierto desajuste respecto al artículo 44 de la ley estatal de fundaciones, en la medida en que la autonómica incluye, con toda claridad, las fundaciones constituidas con una aportación inicial del Principado, pero no parece incluir aquellas en las que se produzca, de manera sobrevenida, pero permanente, una participación de más de un 50% de las aportaciones del Principado en el patrimonio fundacional. No obstante, en una interpretación finalista de la ley deberíamos pronunciarnos por la inclusión de estas fundaciones en el precepto, a pesar de su tenor literal, puesto que de otra forma sería sumamente fácil para la Administración burlar la finalidad de control que persigue la norma presupuestaria.

Las fundaciones así comprendidas se someten al siguiente régimen:

- Se incorporarán al Presupuesto del Principado la totalidad de sus gastos e ingresos —art. 20.b) del Decreto Legislativo 2/1998.
- Podrán hacer uso de las siguientes modalidades de endeudamiento: Concertación de préstamos; emisión de obligaciones, y prestación de avales —art. 47.4 del Decreto Legislativo 2/1998.

- La autorización para su endeudamiento la deberá conceder el Consejero de Economía y Hacienda —art. 47.4 del Decreto Legislativo 2/1998.

- Dentro de los primeros quince días de cada trimestre deben poner en conocimiento de la Consejería de Economía y Hacienda la situación de deuda viva a finales del trimestre anterior —art. 47.5 del Decreto Legislativo 2/1998.

- Su control financiero y de eficacia, mediante la práctica de auditorías, corresponde a la Intervención General del Principado de Asturias —art. 56.8 del Decreto Legislativo 2/1998.

- En cuanto a su régimen contable, se determina en el artículo 59.5 del citado Decreto Legislativo 2/1998 en los siguientes términos: «Los entes públicos a que se refiere el apartado 5 del artículo 4 de la presente ley formarán y rendirán sus cuentas de acuerdo con lo previsto en su normativa de creación, y en su defecto por los principios y normas de contabilidad recogidos en el Plan General de Contabilidad Pública, salvo que concurran en los mismos las características siguientes, en cuyo caso aplicarán el Plan General de Contabilidad de las empresas:

- a) Que su actividad principal consista en la producción de bienes y servicios destinados a la venta en el mercado.

- b) Que, al menos, el 50 por 100 de sus ingresos proceda de la venta en el mercado de su producción».

2.º La autorización para el endeudamiento y la obligación de remitir la información trimestral sobre deuda viva les incumbe también a otras fundaciones siempre que el Principado de Asturias participe, financie la mayor parte de sus gastos o mantenga una posición de control en sus órganos de decisión —art. 47 bis del Decreto Legislativo 2/1998.

3.º Por otra parte, el control externo de la actividad económico-financiera de las fundaciones «con participación mayoritaria o dominio efectivo, directo o indirecto, del Principado» le corresponde, sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Cuentas, a la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias, según establece el artículo 2.a) de la Ley 3/2003, de 24 de marzo, de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias. Este órgano estatutario se encarga también de fiscalizar las aportaciones que el sector público regional realice al resto de fundaciones según establece el artículo 2.b) de la misma Ley 3/2003.

4.º Por último, como ya vimos arriba, el Servicio de Empresas y Entes Públicos dependiente de la Dirección General de Economía del Principado

de Asturias se reserva también respecto a las fundaciones públicas participadas o financiadas mayoritariamente por el Principado de Asturias el seguimiento y control de su actividad económico-financiera, la elaboración de informes económicos y análisis para su coordinación y racionalización y, en particular, el análisis de la coherencia de sus presupuestos individuales con la política general del Principado de Asturias. Mientras que respecto a las fundaciones participadas minoritariamente dicho servicio realizará «el seguimiento y la elaboración de los informes económicos y análisis necesarios».

En cuanto al *régimen de personal* de las fundaciones públicas definidas en el sentido que acabamos de analizar por el Decreto Legislativo 2/1998 habrá que estar a lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que dispone que: «Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». Lo que supone someter al personal de estas fundaciones participadas mayoritariamente por el Principado de Asturias a las siguientes reglas:

- Al llamado código de conducta de los empleados públicos previsto en los artículos 52 a 54 de la Ley 7/2007.

- A los principios en materia de selección del personal previstos en el artículo 55 de la Ley 7/2007 y que son los siguientes:

- Igualdad, mérito y capacidad en el acceso de los ciudadanos a los empleos.

- Publicidad de las convocatorias y de sus bases.

- Transparencia.

- Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.

- Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.

- Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.

- Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

- A la obligación de reserva de plazas a favor de las personas con discapacidad prevista en el artículo 59 de la Ley 7/2007.

En cuanto a su *régimen de contratación*, las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades

integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades, se someterán al régimen de contratación previsto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, según dispone el artículo 3.1.f) de la citada ley, y podrán incluso ser consideradas poderes adjudicadores si cumplen los requisitos previstos en el artículo 3.4 de dicha ley.

Por último, en cuanto al régimen de las aportaciones dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria del Sector Público, incluido por supuesto el del Principado de Asturias, o aquellas cuyo patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado por un 50% o más por aportaciones o cesiones de bienes o derechos procedentes del sector público, será el establecido por el Derecho privado pero con sujeción también a los siguientes principios —disposición adicional decimosexta de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones:

- Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.
- Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por el ente otorgante.
- Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos.
- También deberán suministrar a la Intervención General del Estado los datos sobre estas aportaciones necesarios para el mantenimiento de la base de datos nacional de subvenciones prevista en el artículo 20 de la Ley 38/2003.

El resto de la regulación de este tipo de fundaciones no difiere del resto de fundaciones previstas en la Ley 50/2002, lo que plantea la problemática de la coincidencia entre la persona jurídica que ejerce las labores de protectorado y la que ejerce el patronazgo de la fundación, con la consiguiente desnaturalización del sistema de control que establece la citada ley, si bien es cierto que el creciente sometimiento cuando menos a los principios que inspiran buena parte de la normativa pública compensaría en cierta medida esa confusión personal. No obstante, si esta problemática es general en toda fundación del sector público, debemos recordar que en el caso del Principado de Asturias la dispersión competencial en tres Consejerías distintas de las funciones de registro y protectorado permite, incluso, que el titular del órgano que tiene atribuidas las funciones de protectorado sea, con carácter nato, patrono de la fundación. Por ello debemos reiterar que sería conveniente la centralización de las funciones de protectorado y registro en un solo órgano administrativo que, además, tuviese una cierta distancia de los sectores de actuación específica de las fundaciones.

V. Fundaciones privadas dependientes de la colaboración de las Administraciones Públicas

El análisis de la práctica muestra un número relativamente abundante de fundaciones netamente privadas (sin participación de las Administraciones Públicas) que carecen de un patrimonio dotacional relevante y cuya misión principal es la realización de actividades asistenciales, educativas o culturales con el soporte, imprescindible, de la colaboración económica de las Administraciones en forma de subvención.

Esta clase de entidades representan un uso muy discutible de la forma jurídica fundacional, en la medida en que el patrimonio dotacional es mínimo y en todo caso no garantiza en modo alguno la pervivencia del ente. Por ello parece que la forma que más se ajustaría a su verdadera naturaleza sería la de sociedad mercantil (si tuviesen ánimo de lucro) o, en otro caso, la de asociación. El recurso a la forma fundacional frente a la de asociación se explica en ocasiones por razones de control interno de la entidad, puesto que en una fundación el fundador se asegura su control a través del sistema de designación de patronos, mientras que una asociación teóricamente está abierta a la entrada de nuevos socios que pueden desbancar, mediante procedimientos electorales, a los titulares de los órganos de gobierno.

Por otro lado, algunas de estas fundaciones sobreviven gracias a las ayudas que reciben de la Administración en forma de subvenciones (muchas veces otorgadas a través de convenios, art. 28.1 de la Ley General de Subvenciones). Debe hacerse aquí una distinción, puesto que en algunos casos se trata de ayudas a actividades (por ejemplo, de tipo cultural) que constituyen un fin en sí mismas y no satisfacen ninguna necesidad de la Administración, mientras que en otros se trata de un fenómeno jurídico más complejo, porque la Administración ayuda a una fundación que desarrolla, por ejemplo, labores sociales que, de no existir la fundación, tendría que cumplir la propia Administración. Esta situación, que se produce sobre todo en las fundaciones que actúan en el área de «bienestar social», hace que esas fundaciones tengan a la Administración autonómica como único «cliente», que sostiene la labor asistencial que ellas desarrollan a favor de terceros. Todo ello se explica porque, como es sabido, las labores asistenciales se encontraban inicialmente en manos de organizaciones privadas (en muchos casos religiosas, especialmente al principio), de modo que, cuando el Estado asumió como tarea propia la de garantizar la prestación de servicios sociales, en muchos casos lo hizo a través de esas mismas organizaciones, encargándose más de financiarlas que de la prestación directa de estos servicios, que muchas veces no encajaba con facilidad en los moldes del servicio público (no es fácil realizar con funcionarios una labor

que en muchos casos tiene no poco de vocacional). En la actualidad, la extensión y universalización del derecho a la prestación de esta clase de servicios (y el correspondiente incremento de la «demanda» de los mismos por parte de la Administración) y el hecho de que haya cada vez más empresas privadas que opten a prestarlos, provoca que surjan dudas jurídicas sobre fórmulas que hasta ahora se practicaban sin mayores reflexiones o dudas.

Así, estas fundaciones tenían, precisamente por tratarse de entes sin ánimo de lucro, libre acceso a la percepción de ayudas por parte de la Administración, en muchos casos sin concurrencia competitiva. En no pocas ocasiones, reciben subvenciones nominativas, es decir, asignadas directamente a esas fundaciones en las Leyes de Presupuestos [art. 67.1 del Texto Refundido de Régimen Económico y Presupuestario, aprobado por Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, desarrollado por el art. 6.1 del Decreto 71/1992, de 29 de octubre, sobre régimen general de concesión de subvenciones, modificado por el Decreto 14/2000, de 10 de febrero, coincidentes con el art. 22.2.a) de la Ley General de Subvenciones, que tiene carácter básico]. También se otorgan de forma directa subvenciones a fundaciones, aun cuando no estén nominativamente atribuidas en la Ley de Presupuestos, al amparo del artículo 6.3 del Decreto 71/1992, que dispone: «Excepcionalmente, cuando por razones de interés público, social o humanitario o por las especiales características de la persona o entidad que haya de ejecutar la actividad a subvencionar, no sea posible promover la concurrencia pública, será necesario acuerdo del Consejo de Gobierno autorizando la concesión de la subvención al que se incorporará necesariamente informe acreditativo de tales extremos emitido por el centro gestor correspondiente» [coincidente con el art. 22.2.c) de la Ley General de Subvenciones, que constituye legislación básica].

El análisis jurídico es algo diferente en aquellos casos en que las actividades de la fundación que son financiadas o que reciben ayuda de la Administración hubieran tenido que ser asumidas directamente por ésta en caso de no hacerlo la fundación (por ejemplo, actividades de prestación de servicios sociales). En este supuesto, ya no nos hallamos ante una entrega de fondos a título gratuito (subvención), sino que la Administración entrega los fondos a la subvención en lugar de gastarlos ella directamente en la realización de la actividad. Ello nos acerca claramente a la legislación de contratos públicos. Por un lado, existe una clara semejanza con la tradicional fórmula del concierto [art. 253, letra d), de la Ley de Contratos del Sector Público], pensada, de hecho, para aquellos casos en que la Administración, en lugar de crear una estructura para la prestación de un servicio público, colabora con algún sujeto que viniera prestándolo con anterioridad a su *publicatio*. Sin embargo, el hecho de que, normalmente, se trata de servicios que se prestan a título gratuito, sin contraprestación de los

usuarios, tiende a acercarnos al contrato de servicios. Aunque la LCSP, al contrario que la Directiva 18/2004, no exija de manera estricta que en el contrato de gestión de servicios públicos sean los usuarios quienes paguen al concesionario por la prestación del servicio, admitiendo contratos de gestión que son financiados por la Administración (comparar, a este respecto, el art. 8.1 de la LCSP con el art. 1.4 de la Directiva 18/2004), sí es cierto que el artículo 251 habla de servicios «susceptibles de *explotación* por particulares», lo que no parece ajustarse demasiado a las actividades asistenciales prestadas por fundaciones.

En todo caso, ya se trate de un contrato de servicios o de gestión de servicios, las fundaciones no tienen libre acceso a la contratación pública, es decir, la Administración no puede adjudicar directamente un contrato a una fundación. La única excepción la constituyen las fundaciones que, no por ser fundaciones, sino por pertenecer al sector público y estar sometidas al control de una o varias Administraciones, constituyen medios propios de las mismas [arts. 4.1.n) y 24.6 de la LCSP]. El hecho de que una fundación se nutra mayoritariamente, para el ejercicio de sus actividades, de fondos procedentes de Administraciones Públicas, puede convertirla en un poder adjudicador [art. 3.3.b) LCSP], incluso tratándose de fundaciones creadas por particulares y que, por tanto, no se consideran Administraciones Públicas [art. 3.1.f)], pero esa condición de poder adjudicador *obliga* a la fundación a someterse a la LCSP en cuanto a la adjudicación de ciertos contratos (fundamentalmente, los sujetos a regulación armonizada), pero no la convierte en medio propio de la Administración y, por tanto, no *le da derecho* a recibir de forma directa adjudicaciones de la Administración.

Uno de los puntos que marcan la diferencia, desde el punto de vista jurídico, entre subvención y contrato en el apoyo o colaboración con las fundaciones, se encuentra en la mayor o menor influencia de la Administración en la determinación de los beneficiarios finales de la actividad de la fundación. Tratándose de ayudas a programas de las fundaciones, serían éstas las que determinarían sus beneficiarios finales, sometidas a los principios de igualdad y no discriminación [arts. 8.3.a) de la Ley General de Subvenciones y 23.c) de la Ley 50/2002, de Fundaciones], mientras que en aquellos casos en que la fundación colabora con la Administración para la prestación de unos servicios que competen a ésta, la Administración va, normalmente, más allá, determinando con precisión las condiciones de los beneficiarios de la actividad fundacional.

En todo caso, se comprueba cómo, en algunas ocasiones, la actividad fundacional se apoya más en las ayudas recibidas de la Administración (casi siempre de forma directa) que en el patrimonio fundacional, lo que supone, casi, un uso desviado de esta figura jurídica. Desde el punto de vista organizativo,

esa dependencia tan estrecha de la Administración contribuye a explicar (tanto como la propia inercia respecto a los esquemas que tenía la Administración del Estado antes de las transferencias) la distribución de la competencia entre tres Consejerías diferentes, guiada por el criterio de la mayor cercanía entre la Consejería que controla la fundación en cuanto tal, y la que subvenciona su actividad.

VI. Jurisprudencia

A continuación, y con el objeto de dar cuenta de los problemas jurídicos surgidas en torno a las subvenciones, incluimos una breve reseña de las principales resoluciones judiciales que han afectado en los últimos años a las fundaciones situadas en el Principado de Asturias con independencia de la jurisdicción de la que proviene cada fallo y que hemos seleccionado porque abordan cuestiones, sobre normativa vigente, que entendemos de interés general del sector.

Jurisdicción Civil:

Cese de Patrono de Fundación por su avanzada edad aunque no medie incapacidad judicial y cese por inactividad de patrono.

En el caso, que afecta a la Fundación Monasterio, la representación de la misma solicitó del Juzgado de Primera Instancia número seis de Gijón el cese de dos patronos, uno debido a su avanzada edad de 101 años aunque no estuviese judicialmente incapacitado y otro debido a la reiterada falta de asistencia a las reuniones del patronato que trata de justificar con una reiterada denuncia de mala gestión de la fundación y de la falta de actuación correctora del Protectorado, pero sin realizar ninguna acción positiva tratando de esclarecer los hechos o prosiguiendo con las debidas acciones judiciales. Tanto el Juzgado en primera instancia, como la *Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias en apelación, mediante su Sentencia de 23 de febrero de 2004, en el recurso 737/2003*, estiman las pretensiones de la Fundación y decretan el cese de ambos patronos.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

Competencia del Principado en materia de Fundaciones: Falta de competencia respecto de las Fundaciones cuyo Protectorado estaba en manos Estatales y no han sido incluidas en el Real Decreto de Traspaso de Funciones y Servicios.

En el caso, al que se ha hecho referencia con anterioridad, los recurrentes alegan que la Resolución del Ministerio de Educación y Cultura de 30 de diciembre de 2002, que evalúa provisionalmente los daños patrimoniales que pudieran derivarse de una enajenación indebida de patrimonio de la

Fundación Evaristo Valle estaría dictada por un órgano incompetente al tratarse de una Fundación que realiza sus actividades fundamentalmente en el territorio del Principado de Asturias y cuyo protectorado corresponde por tanto a la Administración del Principado. La Audiencia Nacional rechaza el recurso al estimar que puesto que no se había incorporado la citada Fundación al anexo del Real Decreto 844/1995, de 30 de mayo, sobre Traspaso de Funciones y Servicios de la Administración General del Estado al Principado de Asturias en Materia de Fundaciones no se puede entender producido el traspaso, según se desprende del propio tenor de ese Real Decreto, y ello con independencia de que no se ha probado que la mayor parte de las actuaciones de la fundación se realicen en el territorio del Principado. *La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional data de 3 de noviembre de 2005 y está dictada en el recurso 242/2003*. El Tribunal Supremo declaró que no había lugar al recurso de casación contra la misma —al entender que no se había determinado el motivo del recurso ni razonado el mismo— por Sentencia de la Sala Tercera, Sección cuarta, de 13 de noviembre de 2008, en el recurso 1387/2006.

Inscripción de fundación en el Registro de Fundaciones Docentes y Culturales de Interés General del Principado de Asturias, denegación por utilización del término «Universidad», autorización previa por la Administración del Estado cuando todavía era competente, denegación de inscripción improcedente.

En el caso, el particular promotor de la denominada «Fundación Universidad Laboral» impugna la denegación de la inscripción de la fundación en fase de constitución, denegación que se basaba en la utilización del término «Universidad»; el demandante alegaba que había obtenido la pertinente autorización para utilizar ese término del Ministerio de Educación y Ciencia, en noviembre de 1999 y, por tanto, antes del traspaso efectivo de las competencias al Principado de Asturias en materia de educación que se produjo por el Real Decreto 2081/1999, de 30 de diciembre. *La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en su Sentencia de 22 de febrero de 2005, recurso 1779/2001*, estima las pretensiones del demandante al considerar que la Administración autonómica no puede plantear en un procedimiento destinado a inscribir la fundación cuestiones vinculadas con la autorización para el uso del término «Universidad» previamente autorizado, ni puede, además, hacerlo sin motivar la causa legal que le permitió denegar la inscripción. Finalmente el Tribunal estima también que el Principado, como sucesor del Ministerio de Educación y Ciencia, estaba obligado a aceptar como acto propio la autorización concedida, sin que en el caso, además, se haya destruido la presunción de validez de dicha autorización.

Jurisdicción Social:

Subvención que se renueva anualmente a favor de una fundación para la prestación del servicio de tele-centros y alfabetización digital en Asturias, asunción final por los Ayuntamientos, inexistencia de fraude de ley en los contratos temporales, ausencia de sucesión de empresas.

En el caso, la fundación CTIC, en la que la Administración Autonómica tiene una participación minoritaria, había prestado el servicio de gestión de la Red de Tele-centros del Principado de Asturias entre el año 2004 y el 2007 —antes lo había hecho la Fundación FICYT—, actividad que se financiaba anualmente a través de una subvención nominativa a la citada Fundación en los Presupuestos del Principado de Asturias. A partir del año 2007 la Administración regional decide cambiar su política de alfabetización digital al considerar superada la fase inicial de alfabetización digital y suscribe con los municipios diversos convenios para que desde la Administración municipal se gestionen Centros de Dinamización Tecnológica, lo que motiva el cese de la subvención a CTIC y el cese de la relación laboral de varios trabajadores que estaban ligados a la fundación por sucesivos contratos temporales. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias niega que en este caso se haya producido un fraude de ley por tres razones: en primer lugar porque no se ha probado la existencia de dolo en la conducta de la Fundación; en segundo lugar la contratación temporal vendría justificada al tratarse de una actividad ligada a la subvención anual que el empleador no podía configurar, por tanto, como de carácter indefinido, y en tercer lugar porque la asunción del servicio por los Municipios no puede equipararse a una sucesión de empresas ya que no cabe ingresar en el empleo público sin cumplir los principios de mérito y capacidad. En tal sentido, se pronuncian diversas *Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias fechadas el 14 de noviembre de 2008*; pueden consultarse, por ejemplo, las correspondientes a los recursos 1364/2008 y 1542/2008.

Las fundaciones en las Illes Balears

Avelino Blasco Esteve

Catedrático de Derecho Administrativo
Universitat de les Illes Balears

SUMARIO: I. LA COMPETENCIA DE LA CAIB EN MATERIA DE FUNDACIONES.—II. NORMATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS EN MATERIA DE FUNDACIONES.—III. PANORAMA DE LAS FUNDACIONES EN ILLES BALEARS EN LA ACTUALIDAD.

I. La competencia de la CAIB en materia de fundaciones

A) El artículo 30.33 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears establece que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva sobre «*Fundaciones y asociaciones que desarrollen principalmente sus funciones en las Illes Balears, respetando la reserva de ley orgánica*». Esta competencia exclusiva de la comunidad balear sobre la materia que comentamos proviene de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a ellas por la vía del artículo 143 de la Constitución, ley que transfirió a las Islas Baleares como una competencia exclusiva «las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma». La transferencia se incorporó posteriormente al artículo 10.27 del Estatuto de Autonomía en la reforma efectuada por la Ley 9/1994, de 24 de marzo. Esta fórmula de 1992-1994 se ha mantenido en las reformas estatutarias posteriores de 1999 (Ley Orgánica 3/1999) y de 2007 (Ley Orgánica 1/2007), aunque la novedad de esta última estriba en la incorporación al precepto de la materia «asociaciones», que pasa de competencia de ejecución a competencia exclusiva, así como en la referencia del precepto al respeto a la reserva de ley orgánica, referencia ésta que debe ser entendida para las asociaciones pero no para las fundaciones.

B) La primera norma de traspaso de funciones a la CAIB fue el Real Decreto 3040/1983, de 5 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en materia de cultura. Esta norma transfirió «las competencias atribuidas al Ministerio de Cultura en materia de Fundaciones y Asociaciones Culturales, siempre que éstas no rebasen en sus actividades básicas y principales el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma». No hubo, por tanto, una transferencia desde el título

competencial de fundaciones —que aún no se tenía— sino desde el título «cultura».

El Real Decreto 101/1996, de 26 de enero, fue el que operó el traspaso de funciones de la Administración del Estado respecto de las fundaciones en general que desarrollaran principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. El Decreto fue complementado posteriormente con el traspaso de funciones específicas sobre fundaciones relacionadas con el desarrollo de otras competencias sectoriales autonómicas. En especial, merecen ser destacadas las previstas en el Real Decreto 1478/2001, de 27 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud, que comportan las de protectorado y de registro, incluidas las de tutela y control sobre las fundaciones sanitarias ubicadas en su ámbito territorial.

II. Normativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en materia de fundaciones

A) La legislación propia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en la materia ha sido más bien escasa. En un primer momento, el Gobierno balear dictó el Decreto 40/1985, de 16 de mayo, sobre constitución del Registro de Fundaciones Culturales, a fin de atribuir el ejercicio de la competencia sobre las fundaciones culturales en la Comunidad (traspaso efectuado por el Real Decreto 3040/1983, antes citado). Esta primera norma sobre un determinado tipo de fundaciones (las culturales) atribuye el protectorado sobre las mismas a la Consejería de Educación y Cultura, al tiempo que crea el Registro de Fundaciones Culturales ¹, dependiente de dicha Consejería.

B) Tras la asunción de competencia plena en materia de fundaciones por la reformas de 1992-1994, la Comunidad Autónoma dictó su primera regulación (parcial) de la materia, a través del Decreto 45/1998, de 14 de abril, que crea y regula el Registro de Fundaciones de la CAIB y regula el ejercicio del Protectorado. Este Decreto —con una regulación relativamente simple— configura un registro único de las fundaciones que tengan su domicilio social y la sede de gobierno en la Comunidad Autónoma y deban desarrollar principalmente sus funciones en su territorio. El Registro así creado se adscribe a la Consejería de Presidencia y sustituye a los registros existentes en las diferentes consejerías (por ejemplo, el de las fundaciones culturales que había regulado el Decreto 40/1985 antes citado).

¹ El Decreto fue desarrollado por la Orden de la Consejería de Cultura, Educación y Deportes de 5 de abril de 1991.

En este Decreto, la inscripción en el Registro se configura ya como un requisito constitutivo para la adquisición de personalidad jurídica por las nuevas fundaciones que se constituyan. El Decreto regula los actos sujetos a inscripción y demás información que deba ser inscrita, así como la organización, funcionamiento y régimen jurídico del Registro.

Por otra parte, el Decreto organiza el ejercicio del Protectorado sobre las fundaciones, atribuyéndolo a «las Consejerías que tengan atribuciones vinculadas con los fines fundacionales», y asignando la titularidad del mismo al Consejero respectivo: no hay aquí, pues, un Protectorado centralizado en una única Consejería como ocurre en el caso del Registro, sino que aquél está asignado a las diferentes consejerías en función de la materia de que se trate. En cuanto a su contenido y funciones, el Decreto se remite en bloque a la legislación estatal por entonces vigente (Ley 30/1994).

C) Tras la reforma estatutaria de 2007, la CAIB ha vuelto a dictar otra norma reguladora del registro de las fundaciones y del protectorado sobre las mismas, que sustituye al Decreto 45/1998. Se trata del Decreto 61/2007, de 18 de mayo, sobre registro de fundaciones y ejercicio del protectorado, decreto mucho más detallado que el anterior, que persigue adaptar la normativa balear en la materia a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de incentivos fiscales al mecenazgo, y a la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. El Decreto pretende, además, regular algunos aspectos que no se tuvieron en cuenta en la normativa anterior e introducir algunas novedades consecuencia de la confección de un nuevo sistema informático para el Registro de fundaciones. *Este Decreto constituye en la actualidad la normativa vigente en la CAIB en materia de fundaciones* «mientras se espera la regulación definitiva mediante una ley de la Comunidad Autónoma que aborde la materia relacionada con las fundaciones de ámbito autonómico balear».

Como novedades principales del Decreto conviene destacar las siguientes: la inscripción de delegaciones de fundaciones inscritas en otros registros estatales o autonómicos; la creación de nuevos libros del Registro, el nombramiento de auditores o la regulación de la legalización de los libros de las fundaciones y las funciones del protectorado.

Paso a exponer a continuación los rasgos principales de este Decreto.

a) El Título I regula el Registro Único de Fundaciones, concibiendo la inscripción en el mismo como un requisito necesario para adquirir la personalidad jurídica por parte de la nueva Fundación, una vez que haya sido reconocida y calificada. También se prevé la posibilidad de que las fundaciones que estén

inscritas en otros registros estatales y autonómicos puedan inscribir las delegaciones que tengan en Illes Balears, a efectos puramente informativos. Por último, también se establece la obligación de inscripción para las fundaciones extranjeras cuando desarrollen principalmente sus actividades en las Illes Balears.

Los artículos 3 y 4 regulan con detalle los actos sujetos a inscripción, así como la restante información que debe estar sujeta a constancia registral (balance, cuenta de resultados, memoria, plan de actuación, liquidación del presupuesto, etc.).

b) El Capítulo II de este Título regula la organización, el funcionamiento y el régimen jurídico del Registro y de las inscripciones en el mismo, empezando por los requisitos de presentación de los actos inscribibles (plazos, contenido, etc.), tanto de la primera inscripción como de las posteriores. Aquí hay que destacar la novedad antes comentada relativa a la inscripción de delegaciones de las fundaciones inscritas en otros registros estatales o autonómicos (art. 10), lo cual se efectúa «únicamente a efectos de publicidad de la existencia de la delegación, y no supone el ejercicio de ninguna de las funciones de protectorado sobre la fundación solicitante...».

En cuanto a la organización y funcionamiento del Registro, el Decreto que comentamos amplía y regula los libros y ficheros que deben llevarse en el mismo, y que en la actualidad son los siguientes:

- Libro diario de presentación de documentos.
- Libro de inscripciones.
- Libro de legalizaciones de los libros que obligatoriamente tienen que llevar las fundaciones.
- Libro de depósito de cuentas.
- Libro de nombramiento de auditores.
- Libro de inscripciones de fundaciones inscritas en otros registros estatales o autonómicos.
- Archivo individualizado de depósito de cuentas y de inventarios.
- Legajos, carpetas y subcarpetas.
- Archivo general.

El artículo 12 regula con detalle la calificación de los documentos y actos presentados para su inscripción en el Registro. Esta calificación es de legalidad y no de oportunidad, y se plasma finalmente en una resolución del Director

General competente (el D. G. de Relaciones Institucionales en la actualidad), que puede ser recurrida en alzada ante el Consejero de Presidencia.

El Decreto enumera también varios principios registrales, que son los siguientes:

1. El principio de publicidad formal, al tratarse de un registro público en el que cualquier persona puede solicitar información sobre datos concretos de una determinada fundación (no caben solicitudes de información genéricas). La emisión de la información solicitada se ha de hacer efectiva a través de un certificado o de una nota informativa por el personal del Registro.

2. El de acceso informático a la información registral, por el cual se puede consultar en la página web los principales datos de las fundaciones registradas.

3. El principio de tracto sucesivo, por el que para poder inscribir en el Registro actos relativos a fundaciones es necesario que la fundación esté inscrita previamente y que, si el acto modifica otro anterior, éste también conste inscrito con anterioridad.

4. El de eficacia registral, por el que los actos que estén sujetos a inscripción en el Registro y no lo estén de hecho, no perjudican a terceros de buena fe.

Una de las novedades del Decreto 61/2007 ha sido la introducción de la posibilidad de nombrar auditores externos (art. 19). Se trata de auditores de cuentas, nombrados a fin de verificar las cuentas anuales de un ejercicio determinado, en los casos en que el patronato de la fundación esté obligado a hacerlo y no lo haya hecho en plazo. La selección del auditor se efectúa por sorteo entre los auditores que tengan su sede o despacho abierto en las Illes Balears.

El Decreto también regula, como novedad, la legalización de los libros de las fundaciones (libro diario, libro de inventarios, libro de cuentas anuales, libro de actas de las reuniones del protectorado, y cualquier otro que las fundaciones consideren adecuados).

c) El Título II del Decreto 61/2007 regula el Protectorado de las fundaciones, siguiendo el reglamento de la Ley de Fundaciones (el Real Decreto 1337/2005). En el mismo se sigue manteniendo atribuido su ejercicio a «las Consejerías que tengan atribuciones vinculadas con los fines fundacionales», y se asigna la titularidad del mismo al Consejero respectivo. Se regula de manera mucho más detallada que en la normativa anterior las atribuciones del Protectorado, adaptándolas a la Ley de Fundaciones de 2002, y se detallan especialmente sus funciones, entre las que se distinguen las siguientes:

— funciones de apoyo, impulso y asesoramiento a las fundaciones;

- funciones en relación con el proceso de constitución;
- funciones en relación con el patronato;
- funciones en relación con el patrimonio de la fundación;
- funciones relativas al cumplimiento de los fines de la fundación;
- funciones en relación con la modificación y extinción de las fundaciones;
- funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas.

Se crea y se regula también la Comisión Técnica de Colaboración entre Protectorados, como órgano de consulta y participación de las diferentes Consejerías que ejercen la función de protectorado sobre las fundaciones, Comisión adscrita a la Consejería de Presidencia.

d) Por último, el Título III del Decreto regula —de manera novedosa y detallada— los documentos contables que las fundaciones deben presentar al Protectorado: cuentas anuales (balances, cuenta de resultados y memoria), plan de actuación para el ejercicio siguiente y el inventario.

III. Panorama de las fundaciones en Illes Balears en la actualidad

En la actualidad, en el Registro Único de Fundaciones de las Illes Balears —que lleva la Dirección General de Relaciones Institucionales de la Consejería de Presidencia— constan inscritas 250 fundaciones con domicilio social en la Comunidad Autónoma, así como 7 delegaciones de fundaciones nacionales. De aquellas primeras, 29 son públicas y 221 son privadas. En cuanto a su temática (en función de la consejería que ejerce el Protectorado), pueden clasificarse como sigue:

- 125 fundaciones dependen de la Consejería de Educación y Cultura;
- 73 dependen de la Consejería de Asuntos Sociales, Promoción e Inmigración;
- 9 dependen de la Consejería de Presidencia;
- 9 dependen de la Consejería de Deportes y Juventud;
- 8 dependen de la Consejería de Turismo;
- 7 dependen de la Consejería de Agricultura y Pesca;
- 7 dependen de la Consejería de Trabajo y Formación;

- 6 dependen de la Consejería de Salud y Consumo;
- 3 dependen de la Consejería de Medio Ambiente;
- 2 dependen de la Consejería de Economía y Hacienda;
- 1 depende de la Consejería de Movilidad y Ordenación del Territorio.

Destacan así el alto número de fundaciones culturales que existen, dependientes de la Consejería de Educación y Cultura (justo el 50% del total registrado), así como las dedicadas a temas sociales, asistenciales y de cooperación solidaria —dependientes de la Consejería de Asuntos Sociales— (algo más del 29%).

Derecho andaluz de fundaciones (*)

Manuel Rebollo Puig

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

Manuel Rodríguez Portugués

Profesor Ayudante de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

SUMARIO: I. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA SOBRE FUNDACIONES Y NORMAS APROBADAS EN SU VIRTUD.—II. LA LEY 10/2005, DE 31 DE MAYO, DE FUNDACIONES DE ANDALUCÍA (LFA). CARACTERES GENERALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN: 1. *Del Decreto 89/1985 a la Ley 10/2005*. 2. *Ámbito de aplicación*. 3. *Las fundaciones del sector público andaluz y las fundaciones que gestionan obra social de las cajas de ahorro andaluzas*.—III. CONSTITUCIÓN, FUNCIONAMIENTO Y DISOLUCIÓN DE LAS FUNDACIONES ANDALUZAS.—IV. EL PROTECTORADO DE LAS FUNDACIONES ANDALUZAS: 1. *Inspección y comunicaciones*. 2. *Autorizaciones y otros controles administrativos similares*. 3. *Otras facultades; en especial, la intervención temporal de la fundación*.—V. NATURALEZA, FUNCIONES Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES DE ANDALUCÍA: 1. *Naturaleza*. 2. *Actos y documentos inscribibles*. 3. *Papel del Registro en relación con la denominación de las fundaciones*.—VI. FOMENTO Y PARTICIPACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS FUNDACIONES ANDALUZAS. EN ESPECIAL, EL CONSEJO DE FUNDACIONES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: 1. *Actividad de fomento en relación con las fundaciones andaluzas*. 2. *Participación administrativa de las fundaciones andaluzas*. *El papel del Consejo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía*.—VII. CONCLUSIÓN: PARTICULARIDADES DE LA LEGISLACIÓN ANDALUZA SOBRE FUNDACIONES EN RELACIÓN CON LA ESTATAL.

I. Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre fundaciones y normas aprobadas en su virtud

El antiguo Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por LO 6/1981, de 30 de diciembre, atribuía a la Comunidad Autónoma «competencia exclusiva» sobre «fundaciones (...) de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares, que desarrollen principalmente sus funciones en Anda-

(*) Grupo de Investigación SEJ-196. Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación «El Derecho Administrativo ante la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía» (P07-SEJ-03060).

lucía». Sobre esta base se transfirieron a la Administración de la Junta de Andalucía las funciones y servicios que ostentaba la Administración General del Estado sobre dichas entidades (RD 2974/1983, de 2 de noviembre).

El artículo 79.2 del actual Estatuto, aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo (en adelante EAA), dispone: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre (...) el régimen jurídico de las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía». A tenor del propio EAA, la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma incluye la potestad normativa (legislativa y reglamentaria) y la ejecutiva (art. 42.2 EAA).

Pero —como también recuerda el propio texto estatutario— esa competencia exclusiva debe ejercerse «sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución». Desde este punto de vista, el Estado no sólo es competente en relación con las fundaciones de ámbito estatal por la vía de la llamada «cláusula residual de segundo grado» (art. 149.3 CE)¹. El Estado también cuenta con competencias exclusivas sobre otras materias que, de forma indirecta, le permiten configurar parcialmente el régimen aplicable a las fundaciones autonómicas: la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1.^a CE); la «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8.^a CE); o la «legislación procesal» (art. 149.1.6.^a CE)². Dichas competencias confieren al Estado una potestad normativa sobre las fundaciones autonómicas cuyo ejercicio se ha plasmado en gran parte de los

¹ En efecto, la «competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado» (art. 149.3 CE).

² Así lo recuerda la STC 341/2005, de 21 de diciembre, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad planteado en su momento contra la Ley de la Comunidad de Madrid 1/1998, de Fundaciones: «Ahora bien, de tal situación [ausencia de las fundaciones entre las materias enumeradas en el artículo 149 CE] no puede extraerse la conclusión de que el Estado carezca de competencias en relación con el derecho de fundaciones proclamado en el artículo 34 CE. En efecto, el reconocimiento por el precepto citado del “derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley” incluye una llamada al desarrollo legislativo, que ha de realizarse en los términos fijados en el artículo 53.1 del mismo texto constitucional, y en el que al Estado compete *ex* artículo 149.1.1 CE regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio. Por otra parte, otros títulos competenciales del Estado —en los términos en que los consagra la propia Constitución— le habilitan igualmente para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (artículo 149.1, números 8 y 6, CE), así como a estimular la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general, mediante medidas fiscales que le corresponden establecer, de conformidad con el artículo 149.1.14 CE» (FJ 2.º).

preceptos de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (en adelante, LF). También es relevante, aunque el legislador estatal no se haya referido a ella, la competencia que el artículo 149.1.8.^a CE confiere en exclusiva al Estado sobre «las reglas relativas a la ordenación de los registros y los instrumentos públicos», y que tanta relación mantiene aquí con los diversos registros (estatal y autonómicos) de fundaciones.

Por eso, y pese a la literalidad del EAA, la competencia de la Comunidad Autónoma sobre las fundaciones andaluzas no es en puridad exclusiva, sino compartida con la del Estado. A la Comunidad Autónoma de Andalucía le corresponde una función normativa relativamente amplia, que debe respetar en cualquier caso, entre otros extremos, las «condiciones básicas» y la «legislación civil» o «procesal» establecida por el Estado en la materia, y una potestad ejecutiva que sí ejerce de forma exclusiva sobre las fundaciones andaluzas a través de la Administración autonómica³. Dicha función normativa ha supuesto no sólo la aprobación de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de Andalucía (en adelante, LFA), sino también la de dos importantes reglamentos de desarrollo: el Decreto 32/2008, de 5 de febrero, del Reglamento de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, RFA); y, con anterioridad, el Decreto 279/2003, de 7 de octubre, de creación del Registro de Fundaciones de Andalucía y de aprobación de su Reglamento de Organización y Funcionamiento⁴. La función ejecutiva se traduce fundamentalmente en el ejercicio de la actividad de protectorado por la Consejería competente en materia de fundaciones, que actualmente es la Consejería de Justicia y Administración Pública [art. 1.2.c) del Decreto 167/2009, de 19 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica de dicha Consejería]; y en la llevanza del citado Registro de Fundaciones de Andalucía, dependiente de la Dirección General de Oficina Judicial, Justicia Juvenil y Cooperación, de la misma Consejería [art. 8.2.A).h) del Decreto 167/2009].

³ Sobre las competencias autonómicas en materia de fundaciones, *vid.* E. MONTÓYA MARTÍN, «Competencias en materia de asociaciones, fundaciones y corporaciones de Derecho público (comentario al artículo 79)», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, S. MUÑOZ MACHADO y M. REBOLLO PUIG (dirs.), Thomson-Civitas, Cizur-Menor (Navarra), 2008, pp. 794-798.

⁴ Resulta llamativo que el Dictamen n.º 255/2003, de 26 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía, sobre el Proyecto del que luego fuera Decreto 279/2003 (número marginal I.31), subrayando las importantes «funciones de publicidad formal y material con notable incidencia en la seguridad jurídica» que despliega este Registro, no aludiera —en la parte dedicada al estudio de las competencias autonómicas en relación con las del Estado— a la citada competencia estatal sobre «ordenación de registros e instrumentos públicos».

II. La Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de Andalucía (LFA). Caracteres generales y ámbito de aplicación

1. *Del Decreto 89/1985 a la Ley 10/2005*

Hasta la vigente LF estatal, la Comunidad Autónoma de Andalucía no había aprobado norma alguna que, de manera integral, regulase las fundaciones de ámbito autonómico. Sí existía una regulación parcial en diversas normas sectoriales que, de una forma u otra, afectaban a esta institución: el Decreto 89/1985, de 2 de mayo, creó el Registro de Fundaciones Privadas de Carácter Cultural y Artístico, Asociaciones y Entidades Análogas, y cuyo funcionamiento fue regulado por la Orden de 3 de julio de 1985, del Consejero de Cultura; el artículo 17.10 de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, establece que corresponde a la Administración autonómica el ejercicio del protectorado sobre las fundaciones de carácter social en el ámbito de dicha ley; y la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, regula —por reforma de las Leyes 7/1996, de 31 de julio, y 8/1997, de 23 de diciembre— determinados aspectos de la constitución, fines y régimen económico de las fundaciones del sector público andaluz. Más recientemente, la Ley 12/1999, de 15 de diciembre, del Turismo, ha exigido la inscripción de las asociaciones, fundaciones y entes cuya finalidad esencial sea el fomento del turismo en el Registro de Turismo de Andalucía [art. 34.1.e)]. No menos importante es la previsión contenida en el artículo 2 de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía, según el cual las cajas de ahorro domiciliadas en Andalucía —con o sin Monte de Piedad— son entidades de crédito de naturaleza fundacional y sin ánimo de lucro, que orientan su actividad a la consecución de fines de interés público, por lo que se les aplica con carácter supletorio y en lo que proceda, la normativa propia de las fundaciones. Además, esta ley creó, en su Título III, el Registro de Cajas de Ahorro de Andalucía, adscrito a la Consejería de Economía y Hacienda, el cual consta de tres secciones, inscribiéndose en la tercera de ellas las fundaciones de las Cajas de Ahorro con domicilio social en Andalucía, que gestionen total o parcialmente la obra social.

En consecuencia, una de las pretensiones fundamentales de la LFA es la de dotar a la Comunidad Autónoma de Andalucía de una normativa propia y unitaria, que responda a la realidad y a las demandas sociales actualmente existentes.

La LFA reproduce muchos de los preceptos de la LF que tienen carácter de «condiciones básicas» del derecho de fundación, «legislación procesal» y «legislación civil». Las normas reproducidas y las que reproducen se encuadran

en una materia —las fundaciones de ámbito autonómico— sobre la que, como se ha señalado, ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. En consecuencia, dichos preceptos de la LFA no resultan inconstitucionales por repetición de normas estatales, como sí lo serían en el caso de que la transcripción recayera en normas estatales relativas a materias sobre las que la Comunidad Autónoma careciera por completo de competencias. En cualquier caso, se trata de una incorporación a la normativa autonómica de determinados preceptos del ordenamiento estatal con la sola finalidad de hacer inteligible el texto normativo aprobado por el legislador autonómico⁵. Otra cosa es que dicha opción legislativa tenga el riesgo evidente de incurrir en inconstitucionalidad sobrevenida tras una eventual reforma de la normativa estatal reproducida.

2. *Ámbito de aplicación*

Como se ha indicado, la competencia de la Comunidad Autónoma se proyecta sobre las «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía». Este criterio estatutario de delimitación de competencias se refleja en el ámbito de aplicación de la LFA. El artículo 1.3 LFA dispone que se encuentran incluidas en su ámbito de aplicación «las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía, entendiéndose por tales aquellas fundaciones cuya actividad, sin perjuicio del establecimiento de relaciones instrumentales con terceros de diferente ámbito territorial, sea desarrollada en Andalucía, y así se disponga en sus Estatutos». Es decir, la LFA resulta aplicable, en primer lugar, a las fundaciones que reúnan dos requisitos, de carácter material uno, y formal el otro: que desarrollen sus funciones principalmente en Andalucía y que así lo dispongan los correspondientes estatutos fundacionales.

⁵ Con abundante cita de jurisprudencia constitucional anterior, la citada STC 341/2005, sobre la Ley madrileña de fundaciones, recapitula: «(...) cabe distinguir dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, de los que se derivan consecuencias distintas. El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (...), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto» (FJ 9.º). Sobre esta doctrina jurisprudencial, puede verse el temprano comentario de M. LÓPEZ BENÍTEZ, «¿Interdicción de las *leges repetitae*? (Comentario a la STC 62/1991, de 22 de marzo)», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 6, pp. 131-145, y, más recientemente, M. REBOLLO PUIG, «El Derecho propio de Andalucía y sus fuentes», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía...*, cit., pp. 130-131.

Por lo que se refiere al primero de los requisitos, la ley no facilita ningún elemento para concretar el significado del adverbio «principalmente». En este punto, tanto la LFA como el RFA se limitan a repetir la dicción del EAA, así como lo dispuesto por la LF para delimitar su propio ámbito de aplicación. En cambio, la LFA sí se muestra más explícita en lo que se refiere a la naturaleza de las «funciones» desarrolladas por estos entes a los efectos de determinar su ámbito de aplicación. El artículo 1.3 LFA, al aclarar que no son actividad de la fundación el «establecimiento de relaciones instrumentales con terceros en diferente ámbito territorial», acoge como concepto clave el de las actividades directamente encaminadas a satisfacer los fines de interés general de la fundación y que deben beneficiar a colectividades genéricas de personas; es decir, lo que el propio artículo 1.2.a) RFA denomina «actividades fundacionales». Por tanto, la realización de negocios jurídicos o actividades económicas para satisfacer las necesidades genéricas de la fundación como mera persona jurídica (contratación de bienes y servicios, por ejemplo), así como el lugar donde dichas actuaciones se lleven a cabo, es totalmente irrelevante para determinar el ámbito subjetivo de aplicación de la ley. De ello se deduce que el legislador autonómico ha interpretado su competencia sobre las «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía» en sentido similar al que lo ha hecho la jurisprudencia constitucional en relación con otras personas jurídicas de Derecho privado⁶. Por lo demás, se presume que las fundaciones constituidas por las universidades públicas andaluzas desarrollan en todo caso sus actividades principalmente en Andalucía (DA 4.^a LFA), salvo que de los estatutos expresamente o de cualquier prueba en contrario se deduzca que poseen un ámbito territorial distinto para el desarrollo de su actividad principal (DA 3.^a RFA)⁷.

⁶ En efecto, en relación —por ejemplo— con las cooperativas, el TC ha excluido el domicilio como único criterio de delimitación del ámbito de aplicación de la ley autonómica, sustituyéndolo por el del ámbito territorial de actuación (STC 44/1984, FJ 3.^o). Y según esta doctrina, dicha actuación es la «actividad cooperativizada», es decir, la propia de la cooperativa, la que se dirige a la consecución del objeto social, aquello para lo que se ha constituido la sociedad y que es la necesidad común a todos los cooperativistas, para cuya satisfacción se constituyen en sociedad. Es, por tanto, la actividad empresarial que se organiza y desarrolla mediante la sociedad cooperativa.

⁷ Este último matiz, introducido por el RFA a fin de calificar la presunción de la LFA como *iuris tantum*, responde al compromiso alcanzado entre la Administración General del Estado y la Junta de Andalucía en el Acuerdo de 7 de marzo de 2006, de la Comisión Bilateral de Cooperación de Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley de Andalucía 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 47, de 10 de marzo de 2006, pp. 70-71).

El artículo 1.3 LFA exige también que el propósito de realizar las actividades fundacionales principalmente en Andalucía se halle expresamente reflejado en los estatutos de la fundación. No se trata, sin embargo, de un requisito meramente formal, cuyo incumplimiento permita a las fundaciones andaluzas eludir su sometimiento a la ley autonómica. Dicha exigencia ha de conectarse con la DA 3.^a de la ley, según la cual la «Comunidad Autónoma de Andalucía podrá requerir del Registro de Fundaciones de competencia estatal o de los Protectorados de idéntico ámbito competencial la documentación e información relativa a las fundaciones domiciliadas en Andalucía, al objeto de determinar su ámbito territorial de actividad». Se trata de una previsión reproducida en la DA 2.^a RFA, con invocación expresa del «principio de colaboración entre Administraciones públicas»⁸.

Por otra parte, y en la línea de lo previsto por la LF el segundo párrafo del artículo 1.3 LFA considera incluidas en su ámbito de aplicación a las «delegaciones de las fundaciones extranjeras que desarrollen principalmente sus actividades en Andalucía». A tal fin, las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer y desarrollar sus actividades fundacionales principal y establemente en Andalucía, deben inscribirse en el Registro de Fundaciones de Andalucía y mantener una delegación en territorio andaluz, la cual constituirá su domicilio a los efectos de la LFA. Estas delegaciones de fundaciones extranjeras quedan sometidas al protectorado de la Administración autonómica y a todos los efectos se les aplica el régimen jurídico previsto para las fundaciones andaluzas (art. 7 LFA).

3. *Las fundaciones del sector público andaluz y las fundaciones que gestionan obra social de las cajas de ahorro andaluzas*

La LFA contiene, además, disposiciones específicas para determinados tipos de fundaciones: las fundaciones del sector público andaluz (arts. 55-57) y las fundaciones que gestionan la obra social de las cajas de ahorros andaluzas (DA 2.^a).

Frente al sistema de Protectorado único para todas las fundaciones andaluzas previsto en el Capítulo VII de la LFA, las *fundaciones gestoras de la obra social de las cajas de ahorro* con domicilio social en Andalucía quedan sometidas a un protectorado especial, en concreto, al ejercido por la Consejería competente

⁸ Fruto también del compromiso alcanzado en el citado Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación de 7 de marzo de 2006, la DA 2.^a del RFA emplea una redacción más suave y matizada que la de la ley: en lugar de decir que la Comunidad Autónoma podrá «requerir» esa información del Registro o de los protectorados estatales.

en materia de cajas de ahorros, es decir, por la Consejería de Economía y Hacienda (art. 11 del Decreto 116/2008, de 29 de abril, por el que se regula la estructura orgánica de la citada Consejería) ⁹. Por lo demás, estas fundaciones se rigen directamente por la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Andalucía, y su reglamento de desarrollo, y, con carácter supletorio, por la LFA, lo que significa —entre otras cosas— que estas fundaciones no se inscriben en el Registro general de Fundaciones de Andalucía previsto en la LFA, sino en el Registro de Cajas de Ahorro de Andalucía (art. 21 Ley 15/1999), dependiente de la Dirección General de Política Financiera, de la citada Consejería de Economía y Hacienda (art. 11.2 del Decreto 116/2008).

Más prolijas son las normas destinadas a las *fundaciones del sector público andaluz*, a las que la LFA dedica por entero su último Capítulo, el X. En él se regulan tanto la creación y extinción de este tipo de entes instrumentales de Derecho privado como algunos aspectos de su régimen jurídico (funciones, régimen contable y de personal, contratación y otorgamiento de subvenciones) ¹⁰. Se explicita, por ejemplo, la prohibición de que a estas fundaciones se les encomiende el ejercicio de potestades públicas o el establecimiento de servicios públicos, así como que sus actividades fundacionales sean ajenas al ámbito competencial de la entidad pública fundadora. El personal a su servicio deberá seleccionarse en todo caso conforme a los principios de «igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la correspondiente convocatoria». Algo similar ocurre con la actividad fundacional que consista en el otorgamiento de ayudas a fondo perdido. Esta actividad se rige por reglas similares a las de las subvenciones públicas: deberá ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público de la Comunidad Autónoma.

En todo lo no previsto en el citado Capítulo X, les son aplicables los demás preceptos de la LFA; pero no sólo ellos: también deben tenerse en cuenta las disposiciones contenidas en el artículo 6 bis de la Ley 5/1983, de 19 de julio, de Hacienda Pública de Andalucía, aplicable parcialmente también a las fundaciones que tengan una financiación mayoritaria de la Junta de Andalucía ¹¹. Entre dichas disposiciones destaca el sometimiento de las fundaciones

⁹ Por Orden de 22 de febrero de 2005, la competencia de protectorado ha sido delegada a favor del titular de la Dirección General de Política Financiera de la misma Consejería.

¹⁰ Son fundaciones del sector público andaluz tanto las fundaciones constituidas con una aportación mayoritaria, ya sea directa o indirecta, de la Administración autonómica, como las fundaciones cuyos patronos sean nombrados en su mayoría por la misma Administración, de forma también directa o indirecta (art. 55 LFA).

¹¹ En concreto, estas fundaciones podrán quedar sometidas al control financiero previsto en el artículo 85 de la Ley de Hacienda Pública de Andalucía cuando, «mediando razones jus-

del sector público andaluz al control financiero ordinario de la Intervención General de la Junta de Andalucía, previsto en el artículo 85 de la misma Ley 5/1985 para la Administración de la Junta, de sus organismos, instituciones y empresas, así como de las corporaciones de Derecho público cuyos presupuestos hayan de ser aprobados por alguna Consejería.

III. Constitución, funcionamiento y disolución de las fundaciones andaluzas

El régimen de constitución, funcionamiento y disolución de las fundaciones andaluzas es, en buena medida, Derecho civil o condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación. En este sentido, dicho régimen se encuentra intensamente condicionado por la ley estatal. Por eso mismo, no es extraño que la LFA ofrezca la misma preocupación que se refleja en la LF por consagrar un cuidadoso equilibrio entre el interés general y la libertad en materia de fundaciones: si bien se confieren a la Administración importantes potestades de control o tutela sobre estos entes privados, se trata en general de potestades claramente regladas, los silencios administrativos tienen predominantemente sentido positivo y la Administración requiere en numerosas ocasiones el concurso del poder judicial para ejercer los diversos poderes de control que, sobre el buen funcionamiento y gestión de las fundaciones, consagra la ley a su favor.

En coherencia con lo exigido por la norma estatal, las fundaciones andaluzas pueden constituirse tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa* (art. 9 LFA) y adquieren personalidad jurídica sólo desde su inscripción en el Registro de Fundaciones de Andalucía (art. 4.1 LFA).

La LF exige la existencia de un órgano de gobierno y representación —el patronato— que, al igual que la norma estatal, la LFA obliga a que esté constituido por un mínimo de tres miembros. La ley autonómica regula con cierto detalle tanto la composición y las facultades del patronato como el carácter, la aceptación y las responsabilidades anejas al cargo de patrono. Se exige que el ejercicio de este cargo sea gratuito, pero —de la misma forma que la ley estatal— se permite que el patronato fije 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, previa autorización del Protectorado (art. 19.2 LFA). Se trata de una de-

tificadas para ello, así lo acuerde el Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería de Economía y Hacienda».

cisión, por lo demás, en la que no deberá participar el patrono afectado, según se deduce del artículo 22.3 LFA para los casos en que concurra conflicto de intereses. Para la válida constitución del Patronato se exige un *quorum* de, al menos, la mitad más uno de los patronos (art. 22.1 LFA). Las demás reglas sobre régimen de *quorum* y mayorías necesarias para la adopción de acuerdos se remiten a lo que dispongan los estatutos fundacionales. En su defecto, se aplicarán las detalladas previsiones contenidas en el Capítulo II RFA. Además del Patronato, los estatutos fundacionales pueden prever otros órganos de asistencia a aquél, así como una gerencia o cargo similar, desempeñado por una persona física o jurídica de acreditada solvencia técnica y debidamente remunerada, para la gestión ordinaria o administrativa de las actividades de la fundación (art. 21 LFA).

También de forma equivalente a la ley estatal, dispone el artículo 43.3 LFA que, en caso de extinción de la fundación, los bienes y derechos resultantes de la liquidación del patrimonio fundacional «se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general, que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los estatutos de la fundación extinguida, y que desarrollen principalmente sus actividades en Andalucía. En su defecto, este destino podrá ser decidido, a favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esta facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido». Con esta previsión no quiere decirse, sin embargo, que, producida la liquidación, los bienes y derechos fundacionales restantes hayan de entregarse siempre y necesariamente a entidades sin ánimo de lucro que persigan fines de interés general; o, con otras palabras, que con ello se esté prohibiendo que los estatutos puedan establecer la reversión de los bienes y derechos fundacionales al fundador al extinguirse la fundación. Como ha precisado la STC 341/2005 para una norma autonómica similar, el citado artículo 43.3 LFA no está regulando el destino en sí del patrimonio fundacional liquidado; se trata, más bien, de una regla procedimental, destinada a ordenar el desarrollo de las funciones propias del Patronato y del Protectorado en el ámbito de la actividad liquidadora. Desde el punto de vista material o sustantivo, en esta materia ha de partirse de lo dispuesto en el artículo 39 CC, según el cual a los bienes de las fundaciones extinguidas se les dará la aplicación prevista en las leyes, en los estatutos o en las cláusulas fundacionales correspondientes. La norma autonómica regula una pauta de actuación para el caso de que se produzca un presupuesto de hecho concreto, a saber, el de que los estatutos hayan previsto que los bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinen a entidades no lucrativas de interés general. En

este caso, deberán aplicarse a las entidades concretamente designadas en el negocio fundacional o en los estatutos. Si no se hubiera mencionado ninguna entidad en particular, es al Patronato —o al Protectorado, si aquél no tuviera tal facultad— al que corresponderá realizar dicha determinación. Pero nada impide que los estatutos fundacionales prevean la reversión o «desafectación» del patrimonio fundacional en lo que a la dotación, o bienes que la hayan sustituido, se refiere. Ni de la ley estatal ni de la autonómica se desprende otra cosa, lo que unido a lo previsto en el artículo 2 LFA —según el cual las «fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus estatutos, y, en todo caso, por la ley»—, impone dicha conclusión. Por lo demás, la citada STC 341/2005 ha declarado que tal desafectación o reversión no resulta incompatible con la garantía institucional de la fundación consagrada en el artículo 34 CE ¹²:

«En este punto, conviene reiterar una vez más que, como ya afirmamos en nuestra STC 49/1988, de 22 de marzo, y recordábamos en el F. 4 de esta resolución, el concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional, coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas, “considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera” (F. 5). Dicho de otro modo, de la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el artículo 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico protegido por el art. 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al “interés general” en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación. De suerte que el mencionado precepto constitucional no cierra las opciones del legislador puesto que no limita su libertad de configuración de

¹² Con anterioridad, y en relación con la Ley estatal de fundaciones de 1994, eran también de esta opinión J. L. PIÑAR MAÑAS y A. REAL PÉREZ, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 160-166. En cualquier caso, no se trata de una cuestión pacífica en la doctrina. Por ejemplo, y en relación con la actual ley estatal de fundaciones —cuya redacción es sustancialmente idéntica en este punto a la anterior y a la LFA—, *vid.* J. CAFFARENA LAPORTA, «La extinción de la fundación», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), Iustel, Madrid, 2005, pp. 486-489, en contra de la admisibilidad de estas cláusulas de reversión.

las fundaciones imponiéndole, como contenido esencial del derecho preservado, cuál haya de ser, una vez extinguida, el destino de los bienes y derechos con los que se dote a la fundación» (FJ 7.º).

IV. El Protectorado de las fundaciones andaluzas

Con todo, el interés general del fin al que se afectan los bienes fundacionales justifica que el ordenamiento confiera a la Administración pública una importante función de control sobre estas entidades ¹³. Dicha función de control, a la que se anuda la asignación de importantes potestades administrativas, se denomina protectorado. Como se ha señalado ya, en el caso de Andalucía el Protectorado está atribuido a un único órgano (la Consejería de Justicia y Administración Pública); y sus competencias se encuentran reguladas con detalle en el Capítulo VII del RFA.

El artículo 45.1 LFA enumera las funciones del Protectorado. Algunas de ellas —reconducibles a la noción genérica de actividad administrativa de «fomento»— se refieren al papel de asesoramiento y apoyo técnico de las fundaciones que también tiene atribuido este órgano administrativo:

- Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución sobre la normativa aplicable a dicho proceso, y a las fundaciones ya inscritas sobre aquellas cuestiones que se refieran tanto a su régimen jurídico, económico-financiero y contable como a las actividades a realizar en cumplimiento de sus fines ¹⁴.
- Difundir la existencia y actividades de las fundaciones.

1. *Inspección y comunicaciones*

Otras funciones se dirigen, en cambio, a velar «por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento» de las fundaciones (art. 44.1 LFA), así como por el cumplimiento de «los fines establecidos por la voluntad de las personas fundadoras» (art. 41.1 RFA). Estos cometidos exigen la atribución al Protectorado de diversas potestades administrativas que son típicas de la actividad administrativa de limitación. Así, el

¹³ Así lo puso de relieve, por ejemplo, el citado Dictamen n.º 255/2003, de 26 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía, en su FJ I.

¹⁴ El artículo 43.a) RFA concreta esta función en la puesta a disposición de las personas interesadas de un modelo de estatutos de carácter orientativo, utilizando medios telemáticos y electrónicos además de los ordinarios, así como la emisión de un informe previo no vinculante por parte del Protectorado sobre el borrador de estatutos que se le presente.

Protectorado dispone de una amplia facultad para *solicitar del patronato la información* «que resulte necesaria» para velar «por la integridad, suficiencia y rentabilidad del patrimonio fundacional y verificar si los recursos económicos de las fundaciones han sido aplicados al cumplimiento de los fines fundacionales» [art. 45.1.d) LFA] ¹⁵. Con dudoso apoyo en la ley, el RFA ha convertido esta facultad —restringida a la mera petición de información sobre la gestión económica—, en una amplia y genérica *potestad de inspección* sobre las fundaciones que alcanza a la realización por el Protectorado, «cuando sea indispensable para el cumplimiento de sus funciones», de «visitas de comprobación, verificación o requerimiento de comparecencia de los miembros de los órganos de gobierno de la fundación» (art. 42.2) ¹⁶.

En segundo lugar, sobre los patronatos pesa el *deber de comunicar* al Protectorado la realización de determinados actos de las fundaciones. Sin embargo, ni la naturaleza de dichas comunicaciones ni las consecuencias ligadas a ellas son idénticas en todos los supuestos. Así, el patronato deberá comunicar, en el término de los diez días hábiles siguientes, tanto la aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias como la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas (art. 29.2 LFA) ¹⁷. La exigencia de esta comunicación tiene una finalidad represiva, pues sirve a los únicos efectos de que el Protectorado pueda, en su caso, ejercer contra los patronos responsables y en nombre de la fundación las correspondientes acciones judiciales de responsabilidad por daños y perjuicios (art. 25 LFA). Igual significado tienen las comunicaciones que deben realizarse en relación con los actos de disposición de determinados bienes, la participación de la fundación en sociedades mer-

¹⁵ Los artículos 25, 29.6 y 33.7 RFA concretan el régimen aplicable a dichos requerimientos. La falta de respuesta en plazo puede determinar el ejercicio por parte del Protectorado de la acción de responsabilidad contra los patronos o, incluso, la demanda judicial de su cese [arts. 25.3.b) y 45.2 LFA y 25.2 RFA].

¹⁶ En este punto, el RFA adolece gravemente de la necesaria cobertura legal: «En el ejercicio de las potestades de investigación, que suponen nuevos deberes y sujeciones para los ciudadanos, la actuación [de la Administración] está presidida por los mismos principios generales de toda la actividad administrativa de limitación (...). Por lo que respecta al principio de legalidad, cuenta aquí con una formulación muy estricta en el artículo 39.1 LRJ-PAC: “Los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación *sólo en los casos previstos por la Ley*”» (M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *Manual de la Inspección de Consumo*, Ministerio de Sanidad y Consumo-Instituto Nacional del Consumo, 1998, p. 145). A diferencia del Reglamento de fundaciones de competencia estatal (RD 1337/2005), que condiciona en todo caso la comprobación *in situ* al consentimiento previo del patronato, el RFA obliga —sin matización alguna— a «prestar en todo momento colaboración para el normal desarrollo de dichas funciones» (art. 42.2 *in fine*).

¹⁷ El artículo 21 RFA detalla los documentos que han de acompañar a estas comunicaciones.

cantiles de responsabilidad limitada, las cuentas anuales o el plan de actuación del ejercicio siguiente ¹⁸. Sobre el deber de remitir las cuentas anuales en plazo, establece el artículo 36.3 LFA que su incumplimiento supondrá la imposibilidad de percibir cualquier subvención o ayuda pública de la Administración de la Junta de Andalucía. La falta de mayores determinaciones, tanto en la ley como en el Reglamento, impide atribuir a esta medida naturaleza sancionadora en sentido estricto. Parece que se trata, si bien formulado en sentido negativo, de un simple requisito específicamente previsto para las fundaciones en materia de ayudas públicas y subvenciones. En consecuencia, resultaría improcedente denegar una ayuda pública por este motivo si la fundación en cuestión ya se hubiera «puesto al día» en relación con el cumplimiento de dicho deber.

En cambio, la modificación de los estatutos fundacionales y la fusión entre fundaciones se encuentran supeditadas a la realización de una comunicación previa con reserva de oposición a favor del Protectorado (arts. 40 y 41 LFA) ¹⁹. Por ello, y aunque este control preventivo sometido a plazo atienda únicamente —según la ley— a «razones de legalidad», estos supuestos de comunicación resultan ya funcionalmente muy próximos a la solicitud de una autorización con régimen de silencio administrativo positivo ²⁰. La eventual oposición del Protectorado es recurrible de forma autónoma, pues se trata de un acto de

¹⁸ Dentro de los treinta días hábiles siguientes a su realización, deberá comunicarse todo acto de disposición de bienes y derechos de la fundación que no representen un valor superior al 20% del activo de la fundación, o bien no sean de los que forman parte de la dotación o están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales (art. 30.3 LFA). Con carácter inmediato, exige el artículo 33.4 LFA que se comunique la participación de las fundaciones en sociedades mercantiles de responsabilidad limitada cuando dicha participación pase a ser mayoritaria. En el plazo de veinte días hábiles desde su aprobación, establece el artículo 36.2 LFA el deber de comunicar las cuentas anuales. Finalmente, idéntico deber establece, durante el último trimestre de cada ejercicio, el artículo 37 LFA en relación con el plan de actuación del ejercicio siguiente. Los artículos 19, 20, 27, 28 y 29 RFA detallan los documentos que han de acompañar a estas comunicaciones.

¹⁹ Los artículos 37 y 38 RFA detallan la documentación que deberá acompañarse a estas comunicaciones.

²⁰ El Protectorado podrá oponerse a la modificación estatutaria en el plazo máximo de tres meses desde la comunicación del correspondiente acuerdo del Patronato (art. 40.4 LFA). De idéntico plazo dispone el Protectorado en relación con la fusión desde la comunicación de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas (art. 41.2 LFA). A la solicitud de inscripción de la modificación estatutaria, la fundación interesada deberá acompañar copia compulsada del correspondiente escrito de comunicación de modificación al Protectorado. Tan sólo transcurridos tres meses desde esa comunicación, el Registro de Fundaciones de Andalucía efectuará, en su caso, la referida inscripción registral (art. 30 del Decreto 279/2003). Similares cautelas establece el artículo 34 del Decreto 279/2003 en relación con la fusión.

trámite cualificado que decide el fondo del procedimiento de inscripción en el Registro de Fundaciones (art. 107.1 LRJ-PAC).

2. *Autorizaciones y otros controles administrativos similares*

Precisamente, el sometimiento de ciertas actuaciones a su *previa autorización* es otro de los grandes mecanismos puestos por la ley al servicio del control ejercido por el Protectorado sobre las fundaciones. En efecto, quedan sometidas a su previa autorización:

- La constitución de la fundación. El Protectorado goza de una facultad decisiva, equivalente a la del otorgamiento de una autorización, en el momento mismo de la constitución de las fundaciones, pues es el órgano encargado de emitir un informe sobre la adecuación y suficiencia de la dotación y sobre la idoneidad de los fines de las fundaciones en proceso de constitución [art. 45.1.b) LFA]. El informe, de carácter preceptivo y vinculante en orden a la inscripción de la nueva fundación [art. 43.d) RFA], se dirige al Registro de Fundaciones de Andalucía, previa petición de éste (art. 25.1 Decreto 279/2003). En puridad, el informe es un trámite del procedimiento administrativo de constitución e inscripción de la fundación, pero sus trascendentales efectos—en la medida en que decide el fondo del asunto o, en su caso, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento de inscripción— lo convierten también en un trámite cualificado, y por lo mismo recurrible de forma autónoma por cualquier interesado (art. 107.1 LRJ-PAC) ²¹.

- La enajenación o gravamen de determinados bienes integrados en el patrimonio de la fundación (art. 30.2 LFA) ²². De lo dispuesto en el artículo 18.2 RFA se desprende el carácter reglado de la potestad para otorgar estas autorizaciones, en la medida en que «se otorgarán si existiese justa causa debidamente acreditada», es decir, que se denegará sólo cuando «la contraprestación recibida en el acto de disposición o gravamen sometido a autorización

²¹ En el mismo sentido en relación con la ley estatal, *vid.* J. CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones...*, cit., p. 77. A tenor de lo dispuesto en el artículo 48.1 LFA («Los actos del Protectorado ponen fin a la vía administrativa y serán impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo»), el recurso contra el informe desfavorable podrá ser directamente el contencioso-administrativo.

²² Se trata, en concreto, de los bienes o derechos que formen parte de la dotación; de los que, sin formar parte de la dotación, estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, y de los que, con independencia de su objeto, representen un valor superior al 20% del activo de la fundación que resulte de su último balance anual aprobado. Los artículos 19 y 20 RFA detallan los documentos que han de acompañar a las solicitudes de estas autorizaciones.

no resulte equilibrada» o cuando «el acto de disposición o gravamen resulte de otro modo lesivo para los intereses de la fundación» (art. 22.6 RFA) ²³.

- La llamada «autocontratación», esto es, la contratación de los patronos con la propia fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero (art. 39 LFA) ²⁴.

- La extinción de la fundación en determinados supuestos (art. 42.2 LFA) ²⁵. Literalmente, la ley no habla aquí de autorización, sino de «ratificación» por el Protectorado del acuerdo de extinción adoptado por el patronato. Pero la necesidad de instar judicialmente la extinción de la fundación en el caso de que el Protectorado no ratifique el citado acuerdo, convierten dicha intervención administrativa en un acto funcionalmente equivalente a una autorización ²⁶.

- La constitución por las fundaciones de otras personas jurídicas [art. 45.1.k) LFA]. El artículo 6 del RFA se refiere al supuesto concreto de que esa nueva persona jurídica sea otra fundación. Pero en el caso de la constitución de una fundación lo que está en juego es el ejercicio de un derecho constitucional ²⁷. Por ello, ha de interpretarse que —al menos para estos casos— esta potestad de autorización es reglada y no permite a la Administración autonómica valorar con criterios de oportunidad o conveniencia el acuerdo del patronato de la fundación sobre la constitución de otra fundación.

²³ El artículo 23 RFA establece un régimen híbrido de autorización anual con comunicaciones semestrales para la enajenación de determinados títulos valores de los que sea titular la fundación.

²⁴ El artículo 35 RFA concreta el régimen de esta autorización y de él se deduce que nos encontramos ante una potestad reglada, pues el Protectorado tan sólo podrá denegar su permiso —a tenor del citado artículo— cuando compruebe que existe disposición en contra del acta fundacional; el acto encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de persona que integre el patronato, o el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación sea inferior al valor de la prestación que deba realizar la misma, o cuando de algún otro modo se aprecie que la celebración del acto resulta lesivo a los intereses económicos de la fundación.

²⁵ En concreto, cuando la fundación no hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, sea imposible la realización del fin fundacional, o concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos.

²⁶ Los artículos 39 y 40 RFA detallan los documentos que han de acompañarse a la solicitud de «ratificación», que se refiere tanto al acuerdo de extinción como a las actuaciones de liquidación del patrimonio fundacional realizadas por el patronato.

²⁷ Como es sabido, la titularidad de derechos constitucionales (fundamentales o no) por parte de las personas jurídicas es una cuestión que dista de estar clara en nuestro Derecho con carácter general o abstracto. Existen autores, sin embargo, que se inclinan por reconocer a las personas jurídicas privadas (incluidas las fundaciones) la titularidad del derecho de fundación del artículo 34 CE. *Vid.*, por ejemplo, J. L. PIÑAR MAÑAS, «El derecho de fundación como derecho constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 9, 1996, p. 170.

Los poderes del Protectorado deben interpretarse aquí restrictivamente, entendiéndose que se refieren únicamente, por un lado, a comprobar que no se trata de una decisión irracional o arbitraria, y, por otro, que —a tenor del propio art. 6 citado— no supone transmisión gratuita del patrimonio fundacional sino una actuación dirigida al (o congruente con el) cumplimiento de los fines de la fundación.

- La elevación del importe de los gastos de administración en relación con el resultado contable de cada ejercicio (art. 34 RFA) ²⁸.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 46 LFA el plazo de resolución y notificación de estas autorizaciones es de tres meses, entendiéndose estimadas las correspondientes solicitudes si, transcurrido dicho plazo, no se hubiera producido dicha notificación. Estas resoluciones, ya sean expresas o presuntas, ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 48.1 LRJ-PAC). Por otra parte, la normativa andaluza no es explícita acerca de las consecuencias desencadenadas por el incumplimiento del deber de solicitar las correspondientes autorizaciones. Dichas consecuencias varían, por tanto, de unos supuestos a otros. En unos casos, el incumplimiento del deber de solicitar la autorización supone la ineficacia jurídica del acuerdo adoptado por el patronato de la fundación —la imposibilidad de continuar el correspondiente procedimiento administrativo—, lo que aproxima este deber de solicitar autorización a la figura de la carga. Son los casos de la fusión entre fundaciones, de la modificación estatutaria y de determinados supuestos de extinción. En los demás casos, y teniendo en cuenta que la ley carece de un cuadro de infracciones y sanciones, además del requerimiento de información al que se refiere el artículo 24.1 RFA, hay que apelar al deber de diligencia y lealtad que tienen los patronos (art. 25.1 LFA). Sobre esta base, el Protectorado podrá exigir ante la autoridad judicial competente la responsabilidad que corresponda, incluido, en su caso, el cese de los patronos, como se encargan de recordar los artículos 26.1.d) y 46.2 LFA, y 24.2 RFA.

²⁸ El artículo 38 LFA determina que al menos el 70% de las rentas e ingresos de la fundación se destinen a la realización de los fines fundacionales. El resto debe dedicarse al incremento de la dotación y reservas, a excepción de lo que sea necesario para gastos de administración. A su vez, estos últimos gastos tienen un límite máximo cuya cuantía la LFA remite al RFA. Éste lo ha fijado con carácter general en el 10% del resultado contable del ejercicio. Lo que se somete a autorización del Protectorado es, precisamente, el incremento excepcional de dicho límite, que puede elevarse hasta un máximo del 20%, o el 5% del patrimonio neto de la fundación si, pese al anterior incremento, no fuera viable la adecuada gestión del patrimonio fundacional.

3. *Otras facultades; en especial, la intervención temporal de la fundación*

Como acaba de indicarse, la LFA no atribuye a la Administración potestad sancionadora alguna para hacer valer su cumplimiento. Se trata de una nota común con la legislación estatal, que tampoco contiene un cuadro de infracciones y sanciones. En cambio, el Protectorado dispone de una importante potestad para imponer por sí mismo a las fundaciones, con carácter constitutivo, la obligación de someter a auditoría externa sus cuentas anuales fuera de los casos en que aquella es preceptiva por concurrir algunas de las causas tasadas por la ley. Se trata de una potestad discrecional en la medida en que la auditoría puede ser impuesta cuando, a juicio del Protectorado, «las cuentas (...) presenten especiales circunstancias que así lo aconsejen en relación con el patrimonio o con el volumen de gestión» (art. 35.2 LFA) ²⁹.

Pero no son éstas las únicas facultades con que cuenta el Protectorado para controlar a las fundaciones. La más intensa de ellas es, quizá, la *intervención temporal* de las propias fundaciones, prevista en el artículo 47 LFA y que procede cuando el Protectorado advierta 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. En cualquier caso, la Administración no goza aquí de sus típicas potestades de autotutela, pues la intervención ha de ser instada ante la autoridad judicial y autorizada por resolución de ésta, previa audiencia del patronato. Con todo, antes de acudir al poder judicial, el Protectorado debe haber requerido sin éxito al patronato la adopción de cuantas medidas se hayan estimado pertinentes para la corrección de las irregularidades observadas. La intervención durará el tiempo que haya determinado el juez, es prorrogable mediante nueva resolución judicial y entraña la asunción por parte del Protectorado de todas las atribuciones legales y estatutarias que correspondan al patronato ³⁰.

De manera similar se hallan configuradas la *modificación estatutaria*, la *fusión* y la *extinción instadas por el Protectorado*. La primera procede cuando las circunstancias de la constitución de la fundación hayan variado de tal manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus estatutos y el funda-

²⁹ De todas formas, el artículo 32.3 RFA ayuda a perfilar los límites de la potestad, facilitando así el control de su ejercicio, cuando ofrece diversos ejemplos en los que las cuentas anuales de la fundación presentan «especiales circunstancias»: variaciones sustanciales en el patrimonio y en el volumen de gestión, ausencia no adecuadamente justificada de datos o aportación de datos contradictorios.

³⁰ El artículo 36 RFA detalla el régimen jurídico aplicable al requerimiento previo a la vía judicial, así como los documentos y demás formalidades que el Protectorado ha de observar en el momento de instar judicialmente la intervención.

dor no haya previsto la extinción para tal eventualidad. La fusión deberá producirse cuando la fundación resulte incapaz de cumplir sus fines por sí sola y el fundador no lo haya prohibido. La extinción podrá ser exigida por el Protectorado en todos los casos en que la ley depara tal efecto y cuando el patronato no la haya acordado. En todos estos supuestos, si, tras el requerimiento del Protectorado, el patronato no hubiera obrado en el sentido correspondiente, podrá aquel —según el caso— instar de la autoridad judicial la modificación estatutaria que las circunstancias requieran, la fusión de la fundación con otra de análogos fines o la extinción de la entidad (arts. 40, 41 y 42 LFA) ³¹.

Por otra parte, con un significado parecido a este tipo de facultades, ejercitables únicamente con la mediación del poder judicial, se encuentra la habilitación del Protectorado para procurar la efectiva y adecuada utilización de la denominación «fundación», «denunciando, en su caso, ante la autoridad competente, su utilización por otra clase de entidades» [art. 45.1.j) LFA], ya que sólo «las entidades inscritas en el Registro [de Fundaciones] podrán utilizar la denominación de “Fundación”» (art. 4.2 LF).

V. Naturaleza, funciones y régimen jurídico del Registro de Fundaciones de Andalucía

Otro instrumento importante para el correcto desenvolvimiento de las fundaciones en la prosecución de sus fines es el Registro de Fundaciones de Andalucía, previsto en los artículos 49-52 LFA y exigido por la ley estatal cuando establece que las «fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el *correspondiente Registro de Fundaciones...*» (art. 4.1 LF).

1. Naturaleza

Como ya se ha indicado, el régimen jurídico del Registro de Fundaciones de Andalucía se encuentra desarrollado actualmente por el Decreto 279/2003. Hasta entonces, en el ámbito autonómico han existido algunos registros dispersos y con escasas e incompletas disposiciones acerca de sus funciones y organización interna. Son los casos —ya citados— del Registro de Fundaciones Privadas de Carácter Cultural y Artístico, Asociaciones y Entidades Análogas (Decreto 89/1985, de 2 de mayo, y Orden de 3 de julio de 1985, de la Conse-

³¹ Los artículos 37.3, 38.8 y 39.3 RFA regulan los plazos que el Protectorado podrá señalar a los patronatos afectados para cumplir lo indicado en los requerimientos correspondientes.

jería de Cultura); el Registro de Turismo de Andalucía (Ley 12/1999); y el Registro de Cajas de Ahorros de Andalucía, en el que se inscriben las fundaciones de estas entidades financieras (Decreto 138/2002, de 30 de abril). Con el Decreto 279/2003 se crea el Registro de Fundaciones de Andalucía, con carácter único y efectos constitutivos, de acuerdo con el precepto estatal citado. Pero, a diferencia de la inscripción de las fundaciones de las cajas de ahorro en el Registro de Cajas de Ahorro de Andalucía, que sustituye a la que debe verificarse en el de Fundaciones, las fundaciones dedicadas al fomento del turismo deben seguir inscribiéndose, además de en el Registro de Fundaciones de Andalucía, en el Registro de Turismo de Andalucía ³².

Por lo demás, al igual que el Registro de Fundaciones de competencia estatal y sus homólogos de las restantes Comunidades Autónomas, el Registro de Fundaciones de Andalucía es un registro de los llamados «jurídicos», en el sentido de que su finalidad esencial es proporcionar seguridad jurídica tanto a las fundaciones como a los terceros que entren en relación con ellas ³³. Al cumplimiento de este fin se ordenan tanto las principales funciones que tiene encomendadas como los efectos desplegados por su ejercicio. Así, de la inscripción en él de las fundaciones depende la adquisición de su personalidad jurídica. En la misma línea, el depósito y archivo de los documentos exigidos por la ley tiene efectos de publicidad formal y material frente a terceros, de modo que los actos de las fundaciones sujetos a inscripción y no inscritos no perjudicarán a terceros de buena fe, presumiéndose ésta en tanto no se pruebe que dichos terceros conocían el acto sujeto a inscripción y no inscrito (art. 51 LFA). No se trata, en definitiva, de un registro «administrativo», pues no constituye un mero instrumento destinado —al menos directa y primariamente— a la realización de las actividades de fomento y de control que la Administración tiene encomendadas respecto de las fundaciones ³⁴.

³² Y ello porque la inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía lo es a efectos muy distintos de los constitutivos que tiene atribuidos el Registro andaluz de Fundaciones. La inscripción en el Registro de Turismo se configura como una simple carga administrativa, «requisito imprescindible para poder acceder a las ayudas y subvenciones que conceda la Consejería competente en materia turística» (art. 35.2 de la Ley 12/1999), si bien su omisión puede desencadenar la imposición de una multa (art. 67.2 de la Ley 12/1999) por infracción grave (art. 60.1 de la Ley 12/1999), además de la clausura o cierre del establecimiento de que se trate mientras no se realice dicha inscripción (art. 65.2 de la Ley 12/1999).

³³ *Vid.*, en parecidos términos, el citado Dictamen n.º 255/2003, de 26 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía: «[el Proyecto de Decreto] regula el Registro de Fundaciones, configurándolo como un instrumento al servicio de la publicidad formal y material, con notable incidencia en la seguridad jurídica» (FJ II).

³⁴ Sobre la tradicional distinción entre registros «administrativos» y «jurídicos», *vid.*, por ejemplo, y en relación con un registro similar al estudiado aquí, el de asociaciones, G. FERNÁN-

2. *Actos y documentos inscribibles*

En el Registro de Fundaciones de Andalucía deben inscribirse los siguientes actos:

- La constitución de las fundaciones (art. 4 LFA), incluidas las del sector público andaluz, para las que existe una sección específica (art. 14.1 Decreto 279/2003). Además de la adquisición de personalidad jurídica, la inscripción de este acto es determinante para la inscripción de todos los demás actos o documentos de la fundación, por exigencias del principio registral de tracto sucesivo (art. 5 Decreto 279/2003).
- El establecimiento de las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades estable y principalmente en Andalucía (art. 7.1 LFA).
- El nombramiento y aceptación de los patronos, así como su cese, sustitución y suspensión (arts. 16.4, 18.2, 26.2 y 27.5 LFA).
- Tanto las delegaciones permanentes como los apoderamientos que no sean para pleitos por parte del patronato a favor de uno o más de sus miembros, así como sus correspondientes revocaciones (art. 20.3 LFA).
- Tanto el nombramiento como el cese del gerente de la fundación (art. 21.2 LFA).
- El aumento, disminución y desembolso sucesivo de la dotación, si ésta es dineraria y se ha previsto su fraccionamiento (arts. 14 LFA y 8 RFA).
- La enajenación o gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén directamente afectados al cumplimiento de los fines fundacionales (arts. 30.4 LFA y 8 Decreto 279/2003).
- La modificación de los estatutos fundacionales (art. 40.5 LFA).
- La fusión de fundaciones (art. 41 LFA).
- La extinción y liquidación de la fundación (arts. 42.2 y 43.2 LFA).
- Tanto la demanda por la que se hubiere solicitado la intervención temporal de la fundación, como la resolución judicial que acordare la adopción de dicha medida (art. 47.3 LFA). Evidentemente, también deberá hacerse constar la resolución judicial por la que —de alguna forma— se deniegue la intervención solicitada, en cuyo caso se procederá a la cancelación de la inscripción de la demanda.

DEZ FARRERES, *Derecho de Asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo* (con J. GONZÁLEZ PÉREZ), Civitas, Madrid, 2002, p. 338.

Además, las resoluciones que acuerden la inscripción de la constitución de fundaciones, fusión de fundaciones, modificaciones estatutarias y extinción de fundaciones, serán publicadas en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» y comunicadas a la Administración General del Estado, para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 26.3 Decreto 279/2003).

Una de las funciones más relevantes del Registro para el desempeño de todas estas tareas es la de la «calificación registral», encomendada por el Decreto 279/2003 al encargado del Registro. Supone un juicio sobre la legalidad de la forma extrínseca de los documentos inscribibles y sobre su validez material, por lo que resulte de ellos y, en su caso, de los asientos del Registro. La tarea de calificación se materializa en la propuesta de resolución de inscripción que el encargado del Registro eleva al Director General del que depende el Registro. Sobre la base de esa propuesta, dicho órgano superior debe resolver y notificar en el plazo de tres o seis meses, según los casos, desde la recepción de la solicitud de inscripción en el Registro. La inscripción de cualquiera de estos actos se rige, en general, por la LRJ-PAC (art. 52.1 LFA). En consecuencia, la falta de notificación en plazo de la resolución de las solicitudes de inscripción supone la estimación de éstas (art. 25 Decreto 279/2003), excepto los casos de solicitudes de primera inscripción o de constitución de una fundación, para las que el artículo 52.2 LFA prevé un régimen de silencio administrativo negativo. Contra estas resoluciones procede recurso de alzada ante el titular de la Consejería competente en materia de fundaciones (art. 26.5 Decreto 279/2003). La resolución de este recurso agota la vía administrativa y contra ella podrá interponerse recurso contencioso-administrativo (art. 48.2 LFA).

3. *Papel del Registro en relación con la denominación de las fundaciones*

Al Registro de Fundaciones de Andalucía corresponde también velar, en el ámbito de sus competencias, por el cumplimiento de las reglas que sobre la denominación de las fundaciones establece el artículo 5 de la LF (impedir la confusión de una fundación con otras previamente inscritas, evitar la utilización de expresiones contrarias a las leyes o a los derechos fundamentales, etc.). A tal fin, el encargado del Registro debe expedir las certificaciones acreditativas que se le soliciten acerca de una determinada denominación, señalando si está o no previamente inscrita. Las certificaciones positivas deberán reproducir las denominaciones inscritas con las que se pueda generar confusión. Las certificaciones negativas, en cambio, supondrán —a petición del interesado— una reserva provisional de denominación que durará seis meses, transcurridos los cuales sin haberse solicitado la inscripción de constitución o modificación estatutaria correspondiente, dicha reserva será cancelada (art. 13 Decreto 279/2003).

Finalmente, el Registro de Fundaciones de Andalucía deberá comunicar al Registro de Fundaciones de competencia estatal tanto la inscripción como la modificación o reservas provisionales de denominación y la extinción de las fundaciones, para su constancia y publicidad general en la sección de denominaciones que, a tal efecto, existe en el Registro estatal (art. 36.3 LF y DA 2.^a del RD 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal). Idéntico deber, y al objeto de evitar duplicidades con la denominación de otras fundaciones estatales o autonómicas, pesa sobre el Registro estatal en relación con los autonómicos, entre ellos el andaluz, a tenor de lo dispuesto en el artículo 57 del citado RD 1611/2007.

VI. Fomento y participación administrativa de las fundaciones andaluzas. En especial, el Consejo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía

1. *Actividad de fomento en relación con las fundaciones andaluzas*

Además de las subvenciones y ayudas públicas que la Administración autonómica otorgue en el ejercicio de sus múltiples competencias sectoriales, debe señalarse que del sometimiento de las fundaciones andaluzas al Protectorado de la Administración de la Junta de Andalucía se deriva un cierto beneficio, previsto esta vez en la Ley 5/1983, de Hacienda Pública de Andalucía: el de la posibilidad de ser consideradas entidades colaboradoras para la entrega y distribución de las ayudas que conceda la Administración autonómica en los distintos sectores y según determinen las bases o normas reguladoras de las ayudas en cuestión (art. 106).

2. *Participación administrativa de las fundaciones andaluzas. El papel del Consejo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía*

A imagen del Consejo Superior de Fundaciones de la LF, el artículo 53 LFA prevé la creación del Consejo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Se trata de un órgano colegiado adscrito a la Consejería competente en materia de fundaciones, es decir, a la de Justicia y Administración Pública.

Su misión es la de servir de cauce a la participación administrativa de las fundaciones andaluzas. Por ello, su régimen de organización y funcionamiento —desarrollado por el RFA— ha de respetar lo dispuesto en los artículos 22 a 27 LRJ-PAC, con las peculiaridades previstas para los órganos colegiados en

los que participen, además de la propia Administración, organizaciones representativas de intereses sociales. En concreto, señala el artículo 54.1 RFA, se trata de un órgano colegiado «de los previstos en el artículo 88 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía». Siguiendo los criterios clasificatorios de este último precepto, se trata, por su composición y tal como se verá, de un órgano «interdepartamental»; por su ámbito funcional, de un órgano «asesor»; por su régimen de adscripción, de un órgano dotado de «autonomía funcional» (es decir, no sometido a dependencia de otro jerárquicamente superior); y, por las características de sus miembros, de un órgano de «participación social».

Como es frecuente en este tipo de órganos, sus funciones no son decisorias sino meramente consultivas. En concreto, las funciones del Consejo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía son (art. 54 LFA):

- Asesorar, informar y dictaminar, cuando así se solicite, sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecte directamente a las fundaciones.
- Elevar las propuestas que estime pertinentes a la Consejería competente en materia de fundaciones.
- Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones.
- Las demás que le atribuyan las disposiciones vigentes.

El asesoramiento, informe o dictamen sobre cualquier disposición reglamentaria que afecte directamente a las fundaciones tiene la virtualidad de sustituir al trámite de audiencia a los ciudadanos, exigido para la elaboración de disposiciones administrativas de carácter general por el artículo 45.1.c) de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de Andalucía, tal y como permite la letra d) del mismo precepto; pero ello en el bien entendido de que el sector fundacional representado tenga oportunidad de plasmar su propia opinión de forma inequívoca, a través del mecanismo correspondiente (por ejemplo, si las entidades representadas tienen reconocido el derecho a formular voto particular o similar en el informe o dictamen de que se trate)³⁵.

Dispone la ley que, además de la Administración de la Junta de Andalucía, estarán representadas en el Consejo las fundaciones, atendiendo —en lo posi-

³⁵ Otra cosa equivaldría, sencillamente, al desconocimiento de las funciones que el artículo 54 asigna al Consejo y —en su caso— a una omisión ilegal e inconstitucional [art. 105.a) CE] del trámite de audiencia previsto en la Ley del Gobierno de Andalucía. Sobre este problema en relación con otro régimen similar, *vid.* M. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, «La participación de los consumidores y usuarios en el procedimiento de elaboración de reglamentos», en *Estudios sobre Consumo*, n.º 70, pp. 52-53.

ble— a la existencia de asociaciones de fundaciones con implantación en Andalucía (art. 53.2 LFA). El Reglamento ha concretado estas previsiones en el sentido de atribuir la Presidencia y la Vicepresidencia, respectivamente, al Consejero y al Director General que sean competentes en materia de fundaciones. La Secretaría, con voz pero sin voto, también está encomendada al personal de la Administración. Cuatro vocalías corresponden a las asociaciones de fundaciones andaluzas y otras cuatro a fundaciones andaluzas no integradas en asociaciones (art. 54 RFA). Dichas vocalías se cubren tras la oportuna convocatoria pública, al efecto de que las organizaciones interesadas presenten sus propuestas de candidaturas. Las vocalías correspondientes a asociaciones se asignan a aquellas que mayor implantación acrediten en Andalucía. En cambio, las destinadas a fundaciones se reparten entre dos tipos de entidades, de modo que dos vocalías corresponderán a la fundación que cuente con mayor patrimonio pero no supere los 500.000 euros, y las otras dos a la fundación con mayor patrimonio en el caso de que éste sea superior a dicha cantidad (art. 56 RFA). Además existirá una vocalía por cada representante de las Consejerías competentes en materia de hacienda, investigación, empleo, salud, educación, bienestar social y cultura [art. 54.4.a) RFA].

VII. Conclusión: particularidades de la legislación andaluza sobre fundaciones en relación con la estatal

En general, la legislación andaluza sobre fundaciones responde al mismo esquema que la Ley del Estado, reproduciendo muchas de las previsiones y técnicas previstas para las fundaciones de competencia estatal. Ambos ordenamientos manifiestan semejante preocupación por consagrar un cuidadoso equilibrio entre el interés general y la libertad en materia de fundaciones. También en la legislación andaluza las potestades administrativas de control o tutela sobre estos entes privados son en general claramente regladas, los silencios administrativos tienen predominantemente sentido positivo y la Administración requiere en numerosas ocasiones el concurso del poder judicial para ejercer diversas facultades de control.

Con todo, la normativa autonómica se muestra algo más cauta o restrictiva con el derecho de fundación en algunos aspectos concretos. Es lo que sucede, por ejemplo, con la facultad del Protectorado para solicitar del patronato la información necesaria para velar por el patrimonio fundacional, así como por la correcta aplicación de los recursos económicos de la entidad. Dicha facultad —equivalente a la prevista en la Ley del Estado para las fundaciones de competencia estatal— se transforma en el RFA, sin cobertura legal para ello, en una amplia potestad de inspección que puede llegar hasta la realización de vi-

sitas y el requerimiento de comparecencia de los miembros de los órganos de gobierno de la fundación (art. 42.2 RFA). En la misma línea, la discutible inhabilitación —prevista por la legislación andaluza (art. 36.3 LFA)— para obtener ayudas y subvenciones públicas en caso de incumplimiento del deber de comunicar las cuentas anuales, es inexistente en el ordenamiento estatal. Lo mismo puede decirse de la exigencia de autorización por parte del Protectorado para que las fundaciones puedan constituir otras personas jurídicas, incluidas —a su vez— las de naturaleza fundacional, o para la elevación del importe de los gastos de administración en relación con el resultado contable de cada ejercicio. Este carácter generalmente más restrictivo también se manifiesta en el sentido desestimatorio que, en relación con las solicitudes de constitución de nuevas fundaciones, se atribuye al silencio del Registro. La normativa estatal no introduce ninguna excepción similar a la regla general del silencio positivo.

Por otra parte, también existen diferencias en lo que a la organización del protectorado se refiere. Frente a la legislación del Estado, que atribuye dicha función a los distintos ministerios con competencias vinculadas a los fines fundacionales, en la Comunidad Autónoma andaluza el protectorado es un órgano único al estar encomendado a una sola Consejería, la de Justicia y Administración Pública. Finalmente, otra diferencia organizativa importante se refiere a las funciones asignadas a los órganos de participación administrativa de las fundaciones. Frente a la Ley estatal, que exige el asesoramiento e informe del Consejo Superior de Fundaciones sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecte directamente a las fundaciones, la legislación andaluza se muestra mucho más cicatera, pues la participación del Consejo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía en supuestos semejantes queda condicionada —en todo caso— a «cuando así se solicite» [art. 54.a) LFA].

El régimen jurídico de las Fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán

Joaquín Tornos Mas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona

María del Mar Martínez Martínez

Becaria de Investigación. Universidad Abat Oliba

SUMARIO: I. LEY 1/1982, DE 3 DE MARZO, DE FUNDACIONES DE CATALUÑA, Y LEY 5/2001, DE 2 DE MAYO, DE FUNDACIONES.—II. LEY 4/2008, DE 24 DE ABRIL, DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA: 1. *Ámbito de aplicación*. 2. *De las fundaciones públicas*. 3. *Organización y funcionamiento*. 4. *Régimen económico*: A) Actos de disposición. B) Auditoría de Cuentas. C) Participación en sociedades. 5. *Fondos especiales*. 6. *La dotación inicial*. 7. *Modificación estatutaria, fusión, escisión y disolución*. 8. *Potestad de inspección del Protectorado*.—III. NORMATIVA ESTATAL VS NORMATIVA AUTONÓMICA.

I. Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones de Cataluña, y Ley 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones

No podemos hablar de un derecho sobre fundaciones en Cataluña sin referirnos siquiera someramente a las fuentes que reconocen, en primer lugar, para todo el territorio del Estado, la existencia de un derecho a fundar, esto es, la Constitución del 78, y en segundo lugar, aquellas fuentes que personalizan y hacen suyo ese derecho, los Estatutos de Autonomía.

Así las cosas, el artículo 34 de la Constitución española reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley, y el artículo 53 de la misma norma determina que «Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)».

Por otro lado, en virtud del artículo 9.24 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, la referida Comunidad Autónoma asume la competencia exclusiva en materia de fundaciones y asociaciones que ejerzan «principalmente sus funciones en Cataluña». Al amparo de dicha asunción competencial, nace la primera ley sobre fundaciones en Cataluña post-constitucional. La Ley 1/1982, de 3 de marzo, de Fundaciones de Cataluña.

El espíritu de esta primera norma es recoger la tradición preexistente en materia de fundaciones y generar un atractivo para incentivar que se destinen capitales privados a la realización de finalidades de interés general en la Comunidad Autónoma.

La Ley de Fundaciones de Cataluña de 1982 fue en su momento todo un modelo a seguir, pues no sólo muchas Comunidades Autónomas la tomaron claramente como referente a la hora de formular las suyas propias, sino que el mismo Estado reprodujo, en parte, el texto catalán.

Esta primera norma se refiere exclusivamente a las fundaciones como instituciones de derecho privado, «que afecten un patrimonio a la realización, sin ánimo de lucro, de finalidades de interés general, que ejerzan sus funciones *principalmente* en Cataluña» (art. 1 de la Ley de 1982). Como consecuencia de las finalidades de interés general que persiguen han de someterse a cierto control por parte de los poderes públicos. De ahí que las fundaciones, en sede de responsabilidad de los órganos de gobierno o imposición de medidas cautelares, se sometan por completo a la jurisdicción ordinaria; en cambio, todas aquellas cuestiones relativas a las facultades del Protectorado, se someten a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es de destacar que el control administrativo al que venimos haciendo referencia, ejercido, en todo caso, por el Protectorado, se lleva a cabo mediante la instauración de un régimen de aprobación de actos, no tanto de autorizaciones previas. Así podemos leer en la Exposición de Motivos de la ley de referencia que «la autorización previa sólo se establece para evitar cualquier desvío peligroso en inversión del patrimonio, que constituye una garantía de acierto para los patrones mismos, y para los actos extraordinarios de modificación y extinción de la fundación».

Luego, es importante diferenciar claramente entre el núcleo duro del derecho de fundaciones, que es de naturaleza privada, y todas aquellas otras relaciones de derecho público que subyacen de estas instituciones como resultado lógico e inherente a una entidad cuyo objetivo es la consecución de fines de interés general.

En el año 2001, la Comunidad Autónoma catalana, con el ánimo de que su legislación fuese acorde con la evolución del concepto de fundación, se dotó de una nueva Ley sobre fundaciones: La Ley 5/2001, de 2 de mayo. Esta nueva norma pretendía responder a la concepción actual de dichas entidades, de acuerdo con las necesidades del momento.

Uno de los principales problemas que traía consigo la antigua Ley del 82 era la dotación inicial, debido a que las fundaciones pequeñas cuya dotación

no alcanzaba el mínimo establecido, no lo podían ser a efectos legales, y en Cataluña existían muchas «fundaciones *de facto*» en esa situación.

La Ley 5/2001 se hace cargo también de las fundaciones privadas, entidades sin afán de lucro, constituidas por la manifestación de voluntad de personas físicas o jurídicas, mediante afección de bienes o derechos destinados a la realización de finalidades de interés general, que ejerzan sus funciones principalmente en Cataluña. No obstante, por primera vez, recoge de forma explícita la posibilidad de que las personas jurídicas públicas puedan constituir fundaciones. Dicha previsión había sido contemplada ya por la Ley estatal 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

La Ley del 82 era una Ley de fundaciones privadas, como hemos apuntado, reservaba el derecho de fundación a las personas físicas y jurídicas privadas. Ello no significó que en la práctica no se constituyeran fundaciones de carácter público, pero siempre dentro de las potestades de auto-organización. Esta situación conllevaba que en el ámbito catalán una entidad pública no pudiera legalmente figurar como fundadora de una fundación privada junto a personas privadas. Pese a ello, una Administración sí estaba legitimada a realizar aportaciones al patrimonio de la fundación después de su constitución; así podía integrarse de forma legal, pero *a posteriori*, como patrono del órgano de gobierno.

La cuestión paradójica de la Ley de 2001 es que si bien reconoce el derecho a fundar de las entidades públicas, una vez constituidas se consideran fundaciones privadas, esto es, que se rigen por el derecho fundacional general.

Pues bien, según se ha comentado, la Ley de 2001 da cabida a aquellas iniciativas fundacionales que no alcanzaban el patrimonio mínimo requerido y, que sin embargo, el Protectorado había permitido inscribir en el Registro. Por ello, el legislador hace más sencillos los requisitos para constituir una fundación y elimina determinados obstáculos de gestión.

Las novedades más relevantes, entre otras, son: (i) la reducción de los supuestos de autorizaciones previas del Protectorado, (ii) la desaparición de la obligación de presentar el presupuesto del año en curso, (iii) la posibilidad de constituirse temporalmente, (iv) posibilidad de constituir fondos especiales, (v) obligatoriedad de que las fundaciones más grandes se sometan a una auditoría de cuentas, (vi) posibilidad de que los Patronos perciban remuneraciones en el contexto de una relación laboral.

Como podemos observar, el espíritu de la Ley de 2001 es el de una normativa poco intervencionista, se simplifican notablemente los requisitos de

constitución y gestión, en aras a fomentar las actividades de interés general. Asimismo, el Protectorado pierde funciones de fiscalización y asume un papel más cercano de asesoramiento y apoyo. Buen ejemplo de ello es la supresión de la obligatoriedad de presentar el presupuesto de los seis primeros meses de vida de la fundación; recordemos que históricamente el Protectorado debía aprobar ese presupuesto.

Como hija de su tiempo, la Ley de 2001 regula, también, la aplicación de medios telemáticos para la presentación de los actos inscribibles en el Registro de fundaciones, cuentas y legalización de libros.

Por último, decir que la Ley de 2001 ha permitido que el número de fundaciones catalanas a día de hoy se haya multiplicado por seis desde la época del traspaso de competencias; así de unas 400, aproximadamente, a las 2.400, que hay inscritas en la actualidad.

II. Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro III del Código Civil de Cataluña

La Exposición de Motivos de la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro III del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas, ya anuncia que este nuevo Libro del Código catalán no se dedica únicamente a regular este tipo de personas, sino que realiza la tarea de refundir, sistematizar y armonizar, entre otras cuestiones, la legislación catalana en materia de asociaciones y fundaciones. Así, por lo que se refiere a las personas jurídicas en general, se perfila el estatuto básico de la personalidad jurídica de asociaciones y fundaciones respectivamente.

El Libro III consta de tres Títulos. El primero de ellos aborda cuestiones relativas a disposiciones generales definiendo su ámbito de aplicación, y regula, como hemos dicho, los rasgos fundamentales de la personalidad jurídica, las normas básicas de actuación y representación, el régimen contable y documental, los actos de modificación estructural, el procedimiento de liquidación y el sistema de publicidad de los registros de las personas jurídicas dependientes de la Generalitat de Cataluña. Este Título I es aplicable a todas las personas jurídicas sometidas a derecho catalán, por tanto en esta categoría quedarían englobadas las cajas de ahorro y las mutualidades de previsión global (disposición final segunda), así como los Colegios Profesionales, aunque no se mencione explícitamente en la norma.

Es aplicable tanto a asociaciones como a fundaciones que ejerzan su actividad «mayoritariamente» en Cataluña, y a aquellas delegaciones de fundaciones

o asociaciones que, pese a regirse por otras leyes, tengan presencia en esta Comunidad Autónoma.

A nivel general, una de las modificaciones más importantes que introduce el Libro III en relación a las fundaciones es la creación de la figura de la «fundación pública», hasta el momento inexistente.

Otra de las novedades introducidas por este Libro III es la relativa a la denominación de las fundaciones (art. 331-9). A partir de la entrada en vigor de esta nueva regulación, es obligatorio que en la denominación aparezca la palabra «fundación». La disposición transitoria primera otorga un plazo de tres años desde su entrada en vigor a fin de que las fundaciones ya constituidas adapten sus estatutos y los inscriban en el Registro correspondiente.

En este punto es importante resaltar que apenas cuatro meses después de su entrada en vigor, el Libro III fue modificado por la Ley 16/2008, de 23 diciembre, de medidas fiscales y financieras de 2009. Pues bien, una de las modificaciones que lleva a cabo la mencionada ley de medidas fiscales acaba con una de las novedades más significativas que el Código había establecido. Antes de la modificación, el artículo 331-9 establecía que sería preceptivo que en la denominación de la fundación apareciera la indicación del carácter público o privado de la misma. Ello hubiera implicado que todas las fundaciones preexistentes tuvieran que realizar reformas estatutarias en este sentido.

Resaltar, también, que existen consecuencias importantes para aquellas fundaciones que no adapten sus estatutos y no los inscriban en el Registro. En primer lugar, este hecho se considera un incumplimiento grave del Patrono y, en segundo lugar, no podrán beneficiarse de ningún tipo de ayuda o subvención de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

Si bien la disposición transitoria primera de la ley no tendría por qué causar problemas interpretativos, lo cierto es que, en fecha 1 de agosto de 2008, el Protectorado de la Generalidad de Cataluña dictó Resolución en respuesta a una consulta formulada por la Coordinadora Catalana de Fundaciones y la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia. En esta Resolución podemos leer una interpretación sumamente débil de la disposición transitoria, pues entiende que el plazo de tres años establecido para la adaptación de los estatutos rige también como plazo suspensivo del cumplimiento de las obligaciones o restricciones que la nueva ley impone a las fundaciones, siempre que el cumplimiento implique la modificación de una relación o situación jurídica creada antes de su entrada en vigor.

Finalmente, es de notar que el Libro III del Código Civil deroga prácticamente en su totalidad la antigua Ley 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, y

decimos prácticamente debido a que se mantiene la vigencia de dos artículos: el 51 y el 52. Estos artículos regulan el régimen de las autorizaciones y resoluciones del Protectorado.

Destacaremos a continuación los aspectos más relevantes incorporados *ex novo* por la nueva Ley 4/2008, en relación a las fundaciones.

1. *Ámbito de aplicación*

La primera modificación sustancial que encontramos en el Libro III del Código Civil catalán con respecto a la regulación anterior es su ámbito de aplicación y competencia.

La Ley 4/2008 es aplicable tanto a asociaciones como a fundaciones que ejerzan su actividad «mayoritariamente» en Cataluña, y a aquellas delegaciones de fundaciones o asociaciones que, pese a regirse por otras leyes, tengan presencia en esta Comunidad Autónoma.

Se cambia el criterio de «principalidad»: que ejerzan sus funciones *principalmente* en Cataluña, por el criterio «mayoritario». Este cambio trae causa de la atribución competencial llevada a cabo por el artículo 118 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, que literalmente señala: «Corresponde a la Generalitat respetando las condiciones básicas establecidas por el Estado para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho y la reserva de ley orgánica, la competencia exclusiva sobre el régimen jurídico de las asociaciones que desarrollen *mayoritariamente* sus funciones en Cataluña».

Llama, cuanto menos, la atención el criterio utilizado. Es de notar que ni el Estado, ni ninguna otra Comunidad Autónoma hablan de un criterio «mayoritario», sino de «principalidad» o «esencialidad». Y llama la atención especialmente que no se haya optado por el criterio del domicilio si tenemos en cuenta que cada vez es más común que las fundaciones ejerzan sus finalidades fuera de la Comunidad o territorio en el que están domiciliadas, incluso que su actividad mayoritaria se lleve a cabo en el extranjero, primordialmente las fundaciones de cooperación al desarrollo.

Según se ha apuntado, el Libro III también es aplicable a las delegaciones en Cataluña de fundaciones reguladas por otras leyes, pero sólo en aquellos casos y con los efectos que el propio Libro dispone, que son bastante limitados, pues se ciñe prácticamente al cumplimiento de los deberes de publicidad, es decir, a la inscripción de las delegaciones en el Registro de fundaciones (art. 311-9), al cumplimiento de los deberes contables para las delegaciones extranjeras (art. 336-1.3) y a la sujeción de éstas a los poderes de supervisión y control del Protectorado de la Generalitat (art. 336-1.3).

2. *De las fundaciones públicas*

A nivel general, una de las modificaciones más importantes que introduce el Libro III en relación a las fundaciones es la creación de la figura de la «fundación pública», hasta el momento inexistente, pues si bien la Ley 5/2001 permitía la posibilidad de que las personas jurídicas públicas constituyeran fundaciones, una vez constituidas eran consideradas fundaciones privadas.

El Código Civil catalán (art. 331-2) entiende que son fundaciones públicas aquellas que se constituyan con una aportación mayoritaria de la administración de la Generalitat, de los entes locales, organismos públicos u otros entes dependientes, con independencia de que la aportación se realice de manera directa o indirecta. Igualmente, son fundaciones públicas cuando más del 50% del patrimonio fundacional esté formado, con carácter permanente, por bienes o derechos aportados por las entidades antes referidas. No obstante, es de destacar que la Ley 4/2008, no prevé un régimen específico para el tratamiento de estas fundaciones públicas.

Es curioso, también que el Código limite conceptualmente la fundación pública a aquella fundación en la que participen conjuntamente sujetos privados. En este contexto, podríamos hablar de que el Código Civil catalán se encarga únicamente de aquellas «fundaciones público-privadas». De este modo, podría llegar a entenderse, en cierta medida, el desacierto de que una norma civil aborde la cuestión de formas públicas, o *pseudo*-públicas.

No obstante, la bienintencionada y ambiciosa pretensión en sede de «fundaciones públicas», habrá que estar al tanto con el concepto europeo y ahora estatal de «poder adjudicador», que incluye entre otros sujetos a las «entidades de derecho público». A mayor abundamiento, debemos apuntar que el apartado f) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, considera expresamente que forman parte del Sector Público «Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades».

En este sentido, la modificación introducida por el artículo 49.1 de la Ley 16/2008, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y financieras de 2009, clarifica de forma importante la nueva figura de las fundaciones públicas. Antes de la modificación, el Código hablaba en genérico de «fundaciones públicas». Este apelativo, sin más especificaciones, entraba claramente en conflicto con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En cambio, la Ley estatal de fundaciones de 2002, pese a ser más antigua, se mostraba más acorde con la nueva Ley de Contratos del Sector Público y, en general, con el concepto europeo antes referido. Así las cosas, en el año 2002, la Ley estatal ya calificaba a las fundaciones constituidas por entidades públicas como «fundaciones del sector público estatal» (arts. 44 a 46). Según esa normativa, las fundaciones del Sector público se sujetan a las normas generales del derecho de fundaciones, pero con grandes excepciones en cuanto a su constitución, transformación, fusión, extinción, ejercicio de las funciones del protectorado, régimen presupuestario, contratación, etc.

Pues bien, el Legislador catalán, augurando los posibles conflictos de un apelativo tan genérico, reforma el apartado segundo del artículo 331-2 y, en consonancia con la norma estatal, concreta que las «fundaciones públicas», lo serán del «sector público de la Administración de la Generalitat o de la Administración Local de Cataluña».

También añade una nueva disposición adicional, la tercera, a la Ley 4/2008, sobre los efectos de la financiación pública de las fundaciones, aclarando que la financiación que las fundaciones reciben de las administraciones u otras entidades públicas, cuando traigan causa de negocios jurídicos que impliquen obligaciones recíprocas, no comporta consideración de fundación del Sector público a los efectos de lo establecido por el artículo 331-2.2 del Código Civil catalán. Por otra parte, esta adicional tercera, determina que una fundación, por el mero hecho y la sola circunstancia de que sus ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas u otras entidades públicas, no conlleva que sea considerada «fundación del Sector público».

A este respecto, conviene señalar que en fecha 23 de septiembre de 2008 el Gobierno de la Generalitat de Cataluña aprobó un Acuerdo ¹ por el que se establecen criterios para la creación y modificación de entidades del Sector público de la Generalitat de Cataluña y para la incorporación o participación en otras, para la incorporación de determinados datos en los sistemas de información corporativa de la Generalitat y se fijan las directrices para la tramitación de las propuestas de acuerdo del Gobierno y otros actos relativos a fundaciones. El Acuerdo lleva adjuntos dos anexos; el segundo establece determinadas directrices para la tramitación de Acuerdos de Gobierno y actos relativos a fundaciones.

¹ No publicado en Boletín o Diario oficial; disponible [on line] <http://www.gencat.cat/economia/ambits/finances/entitats/procediment/index.html> [Consulta: miércoles, 27 de mayo de 2009].

El mencionado Acuerdo es fruto de la gran cantidad de fundaciones constituidas por Administraciones públicas. De ahí que el Gobierno de la Generalitat haya creído conveniente establecer unos parámetros para analizar en cada caso la conveniencia de que se creen este tipo de fundaciones de iniciativa pública. Para ello se establece que será necesario que esa iniciativa no pueda cumplirse desde la propia Administración o desde una entidad existente. La idea de base es que, en tanto que muchas de estas fundaciones actúan como gestores de recursos públicos, han de unificarse criterios para todas aquellas entidades del Sector público de la Generalitat, con independencia de su forma jurídica.

De este modo, se prevé un marco general de actuación y metodología que habrán de seguir todos los órganos implicados ante cualquier propuesta de creación de una fundación que llegue al Consejo Técnico y al Gobierno con la finalidad de que se evalúe con unos mismos criterios y sean previamente calificadas por el Protectorado sobre su adecuación a la normativa.

Dicho lo anterior, nos parece interesante poner en evidencia los presupuestos destinados a las fundaciones, con los importes detallados por entidades, para el presente año 2009², ascendiendo a un total de tres mil noventa y un millones doscientos ochenta y cinco mil ciento cincuenta y seis euros con setenta y nueve céntimos, a repartir entre un total de treinta y una fundaciones.

Los importes detallados por entidades son los que figuran en la siguiente tabla:

Entidades	Importe (euros)
Centre de Documentació Política	1.900.095,55
Fundació Privada Catalana per a l'Ensenyament de l'Idioma Anglès i l'Educació en Anglès	1.671.323,00
Societat de la Informació Solidària i Sostenible a Catalunya (SISOSCAT), Fundació Privada	58.231,64
Fundació Privada Observatori per a la Societat de la Informació de Catalunya	715.000,00
Fundació Privada per a l'Escola Superior de Música de Catalunya	12.098.324,35
Fundació Privada Jove Orquestra Nacional de Catalunya	931.445,59
Fundació Privada Fira d'Espectacles d'Arrel Tradicional, Mediterrània	1.668.603,00
Fundació Privada de l'Hospital de Viladecans per a la Recerca i la Docència	105.000,00

² Artículo 1.1.h) de la Ley 15/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2009.

Entidades	Importe (euros)
Institut d'Investigació en Ciències de la Salut Germans Trias i Pujol, Fundació Privada	6.342.730,07
Fundació Privada Institut d'Investigació Oncològica de Vall-Hebron (VHIO)	4.593.809,91
Fundació Privada Institut d'Investigació Biomèdica de Girona Doctor Josep Trueta	4.165.319,79
Fundació Privada Institut d'Investigació Biomèdica de Bellvitge (IDIBELL)	21.524.082,16
Fundació Privada Hospital Transfronterer de la Cerdanya	443.924,14
Fundació Privada Centre Tic i Salut	1.323.593,00
Fundació Privada Centre de Recerca en Salut Internacional de Barcelona (CRESIB)	2.470.026,61
Fundació Privada Centre de Recerca en Epidemiologia Ambiental (CREAL)	3.129.767,91
Centre de Medicina Regenerativa de Barcelona	6.219.429,92
Fundació Privada Catalana pel Progrés del Món Rural	770.920,00
Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya	95.905.969,78
Fundació Catalana per a la Recerca i la Innovació, Fundació Privada	4.300.600,00
Fundació Privada Centre de Regulació Genòmica	32.656.940,55
Centre Tecnològic de Telecomunicacions de Catalunya (CTTC)	6.147.908,00
Fundació Privada Institut Català d'Investigació Química	15.110.311,00
Institut de Ciències Fotòniques, Fundació Privada (ICFO)	12.092.610,00
Fundació Privada Institut Català de Nanotecnologia (ICN)	4.921.031,00
Fundació Privada Institut de Recerca Biomèdica (IRB)	20.919.185,00
Fundació Privada Institut de Medicina Predictiva i Personalitzada del Càncer (IMPPC)	4.622.476,00
Institut Català de Recerca de l'Aigua, Fundació Privada (ICRA)	3.914.058,88
Institut Català de Recerca en Patrimoni Cultural, Fundació Privada (ICRPC)	597.000,00
Institut Català de Paleontologia, Fundació Privada (ICP)	1.307.935,00
Institució Catalana de Recerca i Estudis Avançats, Fundació Privada	15.311.213,00
Total (sin consolidar)	287.938.864,85

3. Organización y funcionamiento

En cuanto a la organización y funcionamiento, la diferencia más relevante con respecto a la regulación anterior es la que se infiere del artículo 332-2 de la Ley 4/2008, pues se obliga a las fundaciones de «cierta relevancia económica» —en los términos establecidos por el preámbulo de la propia ley— a que separen claramente las funciones de gobierno, ejercidas por el Patronato, de las funciones de gestión.

A los efectos de la Ley 4/2008, de conformidad con lo que se manifiesta en el Preámbulo y en los artículos 332-2 y 333-11, se consideran fundaciones con

«cierta relevancia» aquellas con más de veinticinco trabajadores y que el total de su activo sea superior a seis millones de euros, o que el importe del volumen anual de ingresos ordinarios sea superior a tres millones de euros (anteriormente, tres millones y medio y dos millones y medio, respectivamente).

Dicho esto, en las fundaciones que se cumplan los requisitos descritos en el párrafo anterior las funciones de dirección y ejecución tendrán que ser asumidas por una o más personas que, en ningún caso, podrán ser miembros del Patronato. Por tanto, la Ley 4/2008 acaba con la posibilidad de que los Patronos perciban remuneraciones por sus tareas de dirección, gerencia o administración. Es más, en estas fundaciones de «cierta relevancia económica», a diferencia de lo que establecía la Ley 5/2001 (art. 23.2), se prohíbe que los Patronos presten servicios profesionales o laborales retribuidos en la entidad de gobierno (art. 332-10).

No obstante, lo anterior, en las fundaciones sin esa «cierta relevancia», los Patronos si pueden desempeñar tareas de dirección o gerencia distintas a las que conlleva el cargo. Estos trabajos se regulan como fines, ya sea mediante una relación contractual, profesional o laboral, y han de determinarse claramente las tareas concretas retribuidas. Ahora bien, el número de Patronos bajo esa relación nunca podrá ser igual o superior al número de Patronos previsto. Igualmente, ha de señalarse que para que un Patrono pueda realizar las referidas tareas, previamente se ha de solicitar la correspondiente autorización al Protectorado de la Generalitat.

Como podemos observar, en sede de organización y funcionamiento la normativa catalana es fuertemente restrictiva: por una parte obliga a que exista una o más personas que ejerzan las funciones de dirección de gestión que no sean patronos; por otra parte, la separación de funciones prohíbe que los patronos de las fundaciones relevantes tengan algún tipo de relación laboral o profesional retribuida³.

Las fundaciones sin esa cierta relevancia económica no están obligadas a separar el gobierno de la gestión, y se permite que los Patronos entablen relaciones laborales o profesionales con la Fundación, pero se imponen otro tipo de limitaciones como que se determine exactamente en el contrato las tareas que llevará a cabo distintas a las de Patrono; que el número de Patronos que realice esas tareas retribuidas no iguale o supere al número total de Patronos o que la celebración del contrato sea autorizada previamente por el Protectorado.

³ Sobre este respecto véase J. FERRER I RIBA, «Les fundacions en el llibre tercer: tipologia, Govern i control», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, 2009, pp. 342-345.

4. Régimen económico

A) Actos de disposición

El régimen económico de las fundaciones es una de las novedades más relevantes de la reforma, se refuerzan *in extremis* y se redefinen las medidas y funciones de control preventivo del Protectorado de la Generalitat.

En primer lugar, de acuerdo con lo establecido por el artículo 333-1.3, se ha de solicitar autorización previa a esa Institución para todos los actos de disposición, gravamen o administración extraordinarios sobre bienes o derechos adquiridos mediante subvenciones públicas.

Igualmente, según lo prevenido en el artículo 333-1.3, habrá de solicitarse autorización cuando así lo prevean los estatutos, en caso de que el donante lo haya exigido expresamente o bien cuando el producto de la operación no se reinvierta totalmente en el patrimonio de la fundación.

Si en el plazo de dos meses, el Protectorado no dictase resolución expresa, opera el silencio administrativo positivo, luego se entiende estimada la solicitud.

Cuando los actos de disposición o gravamen sean de otra naturaleza, es decir, no recaigan sobre bienes adquiridos mediante subvenciones públicas, únicamente se requiere que se comunique al protectorado en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a partir del momento en que las operaciones se lleven a cabo. Por tanto, se incrementa notablemente la fiscalización administrativa de los actos de disposición mediante la técnica de la comunicación.

La mencionada comunicación no es lo que comúnmente podemos entender por «comunicación», puesto que en los supuestos contemplados por la disposición adicional segunda la operación habrá de estar fundamentada en un Informe económico validado por técnicos independientes, y ese Informe habrá de acompañarse a la Comunicación.

Como podemos observar, una interpretación literal de este sistema, ciertamente mucho más farragoso que el anterior, implica que se tengan que comunicar al Protectorado todos y cada uno de los actos de disposición que realiza la fundación, ya que el Libro III habla de todos los bienes y derechos que integran el patrimonio.

En cuanto a la aplicación de las rentas y los otros ingresos anuales, se continúa exigiendo que, al menos, el 70% sea destinado al cumplimiento de los fines fundacionales. Por otra parte, mientras que la Ley 5/2001 establecía que los gastos de administración no podían ser superiores a un 10%, incrementa-

bles hasta un 20% —si el Patronato lo justificaba en cada ejercicio—, la Ley 4/2008, establece que los gastos derivados del funcionamiento del patronato y sus órganos delegados —sin que compute a estos efectos el coste generado por las funciones de dirección o gerencia—, no pueden ser superiores al 15% de los ingresos netos obtenidos durante el ejercicio, sin establecer, sin embargo, la posibilidad de que este porcentaje pueda incrementarse.

B) *Auditoría de Cuentas*

El artículo 333-11 de la Ley 4/2008 establece a este respecto que las cuentas anuales de las fundaciones han de someterse a una auditoría externa si en la fecha de cierre del ejercicio y durante dos años consecutivos el total de su activo sea superior a seis millones de euros —antes tres millones y medio de euros (art. 32 de la Ley 5/2001)— o que el importe del volumen anual de ingresos ordinarios sea superior a tres millones de euros —anteriormente dos millones de euros— o que la media de trabajadores durante el ejercicio sea superior a cincuenta.

En este sentido, ha de señalarse que la disposición transitoria tercera de la Ley 4/2008 establece que se han de formular, aprobar y presentar las cuentas anuales conforme a la regulación prevista en la referida norma, en el cierre del primer ejercicio después de su entrada en vigor.

C) *Participación en sociedades*

La participación de las fundaciones en sociedades es una de las aportaciones más destacadas de este Libro III, por cuanto el régimen aplicable se flexibiliza considerablemente.

El artículo 35 de la Ley 5/2001, únicamente permitía que las fundaciones pudieran constituir sociedades o participar en el capital social de aquéllas cuando tuvieran limitada la responsabilidad de los socios. En cambio, la nueva regulación catalana, artículo 333-4.1 y 2, sí permite que las fundaciones constituyan y participen en sociedades en las que se asuma responsabilidad personal en las deudas societarias. En estos casos, es preceptiva la autorización previa del Protectorado de la Generalitat de Cataluña.

No obstante, si las participaciones adquiridas por la fundación le confieren directa o indirectamente el control de sociedades que limiten la responsabilidad de los socios, únicamente se requiere que dicha actuación sea comunicada al Protectorado en el plazo de treinta días desde la adquisición. Se acaba por tanto, en estos supuestos, con el requisito de la autorización previa, que sí preceptuaba la antigua Ley 5/2001. Sin embargo, no podemos olvidar, en estos

casos, la legislación mercantil, así, cuando determinada fundación sea la entidad dominante de un grupo de sociedades, será necesario que presente las cuentas anuales consolidadas.

5. Fondos especiales

Los fondos especiales podrían definirse como fundaciones sin personalidad jurídica propia que se integran en una fundación. La fundación titular asume el compromiso de administrar esa «fundación sin personalidad», en la forma que se haya pactado con el aportante. Esta figura integra elementos del régimen jurídico de la fundación y del contrato de mandato.

La nueva regulación configura los fondos especiales como proyectos fundacionales de una dimensión económica menor que no necesitan de una organización independiente. La novedad radica en que estos fondos especiales pueden destinarse a otras fundaciones preexistentes con la única condición de que las finalidades sean de interés general, y siempre y cuando, sean compatibles con las de la fundación que adquiere los bienes que ha de integrar. Es decir, el artículo 334-1, permite que las fundaciones puedan constituir fondos especiales con bienes aportados por personas físicas o jurídicas que tengan intención de destinarlos a finalidades de interés general; en cambio, el artículo 40 de la Ley 5/2001 exigía que el fondo especial se destinase al cumplimiento de finalidades que coincidieran con los fines fundacionales del constituyente.

Las fundaciones adquieren estos fondos con un vínculo de destino, ello evita tener que constituir otra fundación. El fondo es gestionado por la entidad adquirente, pero puede establecerse algún tipo de intervención del aportante.

En general, el Libro III del Código Civil catalán aclara el régimen preexistente, permite que los fondos puedan administrarse de forma separada o conjunta y la posibilidad de que tanto la fundación titular, mediante acuerdo, como el aportante puedan modificarlos. Asimismo, en caso de que esos fondos especiales no se gestionen correctamente pueden extinguirse, dando a los bienes que lo constituyen otro destino de interés general.

6. La dotación inicial

Por lo que se refiere a la dotación inicial, en primer lugar, ha de destacarse que la Ley 4/2008 exige la aportación de una cantidad mínima como dotación inicial en bienes fructíferos; también, que la carta fundacional vaya acom-

pañada de un proyecto de viabilidad económica que abarque los dos primeros años de funcionamiento de la fundación y de las actividades previstas. Exigencias éstas del todo inauditas en el derecho catalán previo.

Pues bien, además, esa dotación inicial no puede ser inferior a 60.000 €, y ha de aportarse y desembolsarse íntegramente antes de solicitar la inscripción en el Registro de fundaciones.

No obstante, esta exigencia, según nuestro parecer un tanto desproporcionada, se ve suavizada en determinados supuestos. Por ejemplo, en caso de que en la fundación participen personas jurídicas y corporaciones de derecho público, se permite que la referida aportación se efectúe de un modo sucesivo, con un desembolso inicial del 50%. El 50% restante podrá ir aportándose gradualmente durante los siguientes cuatro años.

Asimismo, en caso de fundaciones temporales, la dotación inicial se reduce a 30.000 €, previendo la posibilidad de incrementar esa dotación hasta alcanzar el mínimo de 60.000 € antes de la finalización del período de máxima duración. De este modo, la ley permite la posibilidad de que determinadas fundaciones constituidas en principio como temporales pasen a ser indefinidas.

Por último, decir que el apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la ley exige a las fundaciones ya constituidas del requisito de desembolsar una dotación mínima.

7. *Modificación estatutaria, fusión, escisión y disolución*

La regulación llevada a cabo sobre estos extremos coincide prácticamente con la anterior. La modificación estatutaria de la fundación, una vez formalizada en escritura pública, requiere la aprobación del Protectorado.

La novedad es que dicha modificación únicamente podrá denegarse en tres supuestos, a saber: si es contraria a la ley, si contraviene una prohibición expresada por los fundadores o si dicha modificación se aparta de la voluntad de los fundadores en relación a la denominación, finalidades, aplicación de los recursos, destino de los bienes sobrantes o composición del patronato.

En otro orden de cosas, el contenido mínimo requerido para los estatutos de la fundación no ha variado demasiado, según lo comentado, la principal novedad es la obligación de que la denominación contenga la palabra «fundación» y la indicación de si es «pública» o «privada». Asimismo, el Código otorga, en general, importancia al hecho de que no se den conflictos de interés. A tal efecto, una de las medidas previstas es que los estatutos han de prever deter-

minadas disposiciones tendentes a evitar conflictos entre el interés de la fundación y los intereses personales o profesionales de los patronos, las personas con funciones de dirección o los empleados de la fundación. Igualmente, junto a la obligación de establecer los fines fundacionales, se han de especificar las actividades que se pretenden llevar a cabo, indicándose el ámbito territorial principal de actuación.

8. *Potestad de inspección del Protectorado*

La Ley 4/2008 aumenta significativamente la potestad de intervención del Protectorado. El Protectorado de la Generalitat se configura como la institución que protege el derecho de fundación. Así, todas las competencias inherentes a esta figura se concentran en un determinado departamento de la Generalitat, que deberá velar para que se satisfaga el interés general que toda fundación ha de perseguir, así como para que se cumplan los fines fundacionales, se respete la voluntad de las personas fundadoras y las disposiciones legales y estatutarias.

Por tanto, pese a que el Libro III hace mención continua a la referida Institución, no aborda una definición legal concreta, como sí lo hace del Patronato. El Protectorado sigue siendo una institución algo abstracta, no es un órgano determinado de la fundación con una estructura orgánica determinada, ni siquiera es un órgano administrativo independiente. Únicamente conocemos al Protectorado por las funciones que ejerce, como hemos dicho, atribuidas en genérico al Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña.

El Código describe en términos generales sus funciones y las entidades sujetas, la novedad radica en la fuerte potestad de intervención que se le confiere. De este modo, corresponde al Protectorado cumplir sus fines mediante la verificación de las cuentas anuales; para ello, el Protectorado posee la facultad de inspección sobre los libros, documentos y actividades de la fundación. Para llevar a cabo esta encomienda, el Protectorado puede, incluso, solicitar la entrada en domicilio.

Según establece la disposición transitoria cuarta, se consideran supuestos de inspección, entre otros: (i) No presentar las cuentas anuales durante dos ejercicios consecutivos; (ii) realizar operaciones sujetas a autorización previa sin solicitarla; (iii) no responder de forma reiterada a los requerimientos del Protectorado, o responder a dichos requerimientos de manera insuficiente; (iv) mantener una inactividad continuada; (v) no destinar el porcentaje establecido por ley al cumplimiento de los fines fundacionales; (vi) sufrir un deterioro en la masa patrimonial que incapacite a la fundación para cumplir sus fi-

nes; (vii) destinar recursos a gastos no relacionados con el objeto fundacional o desproporcionados respecto al volumen de ingresos.

Además, el Protectorado posee la facultad de instar a la autoridad judicial para que ordene la intervención temporal de la fundación en determinados supuestos.

Finalmente, ha de destacarse que el propio Código prevé que, una vez vigente y, habida cuenta su carácter administrativo, el Parlamento habrá de presentar en el plazo de seis meses una Ley sobre el Protectorado. Por tanto, podemos entender que la regulación llevada a cabo a estos efectos es transitoria.

Según lo avanzado, existen determinados supuestos en los que la fundación está obligada a solicitar autorización al Protectorado para poder realizar determinadas acciones.

El artículo 51 de la Ley 5/2001 establece que el Protectorado ha de resolver las solicitudes de autorización establecidas por ley en el plazo de tres meses y que, transcurrido dicho plazo, si no se dicta resolución expresa, opera el silencio positivo, esto es, se entenderá concedida la autorización.

Ha de tenerse presente que el mencionado artículo 51 es uno de los dos que continúan vigentes, tras la nueva regulación llevada a cabo por el Libro III del Código Civil catalán.

Paradójicamente, el Código Civil, en su artículo 333.1, dispone que si en el plazo de dos meses a partir de la presentación de la solicitud de autorización, el Protectorado no ha dictado resolución expresa, opera el silencio administrativo positivo.

A priori, estas dos disposiciones parecen contradictorias, habida cuenta que establecen distintos plazos para resolver. No obstante, podríamos afirmar que no existe tal contradicción aparente si consideramos que el plazo de dos meses establecido en el Libro III del Código Civil rige exclusivamente en sede de régimen económico y, en consecuencia, es de aplicación exclusivamente a aquellos supuestos de actos de disposición y deber de reinversión. Así las cosas, el plazo de tres meses dispuesto por el artículo 51 de la Ley 5/2001 es de aplicación a todas aquellas otras actuaciones que requieran solicitud de autorización al protectorado y que no impliquen actos de disposición o deber de reinversión.

III. Normativa estatal *vs* normativa autonómica

Si bien a lo largo de la presente exposición hemos ido poniendo en evidencia aquellas cuestiones más significativas que plantea la nueva regulación

catalana respecto a la anterior y a la estatal, no queremos dejar de señalar aquellos aspectos que más nos llaman la atención entre la normativa común y la actual autonómica. Así, sin ánimo de realizar un estudio pormenorizado, consideramos conveniente realizar las siguientes precisiones.

Una de las primeras cuestiones que debemos plantearnos en sede de derecho comparado es el ámbito objetivo de aplicación y, visto el cambio de criterio empleado por el Libro III del Código Civil catalán, precisamente, nos podemos encontrar en este punto con el primer foco de conflicto.

Ley de Fundaciones Catalanas (Ley 4/2008, Libro Tercero del Código Civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas). Se aplica a aquellas fundaciones que ejerzan sus funciones *«principalmente»* en Cataluña. Recordemos que el criterio de «principalidad» es totalmente diferente al empleado no sólo por la normativa estatal sino por el resto de Comunidades Autónomas. Así, la Ley de Fundaciones estatal (Ley 50/2002) es aplicable a las fundaciones de competencia estatal, cuando actúan en más de una Comunidad Autónoma. Rápidamente se nos plantea la siguiente cuestión ¿Qué sucederá, entonces, cuando una fundación actúe «principalmente» en Cataluña y en el resto de Comunidades Autónomas de forma «no principal»?

Dejando de lado el posible conflicto de aplicación objetiva de ambas normativas, nos encontramos ante una regulación sensiblemente similar. En la práctica es posible optar por una o por otra mediante la definición estatutaria del ámbito de actuación y domicilio de la Fundación. La normativa catalana está más actualizada y detallada.

Los aspectos prácticos pueden ser determinantes: lugar de presentación de cuentas: Barcelona o Madrid, ejercicio del Protectorado: Generalitat o Administración del Estado, etc.

El Título de disposiciones generales del Libro III regula el régimen de impugnación de decisiones, actos ejecutivos adoptados por las personas jurídicas o acuerdos; sin embargo, únicamente determina aquellos aspectos sustantivos de derecho civil. Recordemos que éste es un tema que en su momento se planteó el Constitucional en su Sentencia número 135, de 27 de abril de 2006⁴, si bien en relación a la Ley catalana 7/1997, de Asociaciones. Pues

⁴ La sentencia aborda la cuestión sobre las competencias de la Generalitat en materia de asociaciones —que por analogía podemos traer a colación en referencia a las fundaciones—, y afirma que esa competencia exclusiva: se refiere a las asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico/asistencial y similares, que desarrollen principalmente sus funciones en Cataluña. La Comunidad Autónoma puede regular los aspectos administrativos de esas instituciones, es decir, sus relaciones de fomento, policía y sanción con los poderes públicos, y también el régimen jurídico de las mismas tanto en su vertiente externa como en su vertiente interna. No

bien, en consonancia con la Jurisprudencia constitucional, la nueva norma deja totalmente de lado los aspectos procesales como la jurisdicción competente o los procedimientos que han de seguirse, respetando en todo momento la competencia del Estado en materia de derecho procesal.

Por lo que se refiere a los requisitos para la constitución de las fundaciones, en primer lugar, ha de destacarse la diferencia requerida de capital fundacional. En Cataluña se requiere un mínimo de 60.000 € de dotación, en dinero u otros bienes fructíferos, en cuyo caso se requiere informe de valoración por un perito; mientras que el mínimo estatal es de 30.000 €. Además, la legislación estatal no fija esa cuantía con carácter obligatorio sino como presunción de su suficiencia, que puede acreditarse, cuando no llegue a ese mínimo, mediante un estudio económico de viabilidad.

En segundo lugar, el Libro III del Código Civil catalán exige, a diferencia de la Ley 50/2002, la confección de un Presupuesto de ingresos y gastos y un Programa de actividades para el primer ejercicio de actividad o Proyecto de viabilidad económica y de actividades previstas para los dos primeros años. Esta documentación deberá ser, en todo caso, aprobada por el Patronato y certificada por el Secretario con el visto bueno del Presidente.

Asimismo, la Ley catalana aporta como novedad relevante, a diferencia de la estatal, que los Estatutos fundacionales habrán de contener aquellas disposiciones que se consideren adecuadas para evitar conflictos entre el interés de la fundación y los intereses personales o profesionales de los patronos, u otros.

obstante existen unos límites que se derivan de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación. De ahí que serán inconstitucionales aquellas normas autonómicas que regulen algún elemento esencial no previsto en la ley orgánica o lo regulen de modo distinto, y será conforme a la constitución cuando la regulación autonómica coincida con la legislación estatal, incluso complementándola.

Con este razonamiento, la sentencia declara que corresponde a la Comunidad Autónoma la regulación de la estructura interna de las asociaciones de su competencia; responsabilidad de los miembros del órgano de gobierno. Una normativa autonómica en este sentido no vulnera las competencias del Estado en las materias de Derecho civil y de fijación de las condiciones básicas del ejercicio del derecho fundamental de asociación, por tanto el Régimen jurídico es plenamente constitucional.

Sin embargo, una norma autonómica que delimita competencias entre los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo acomete una vulneración de las competencias del Estado en las materias de legislación procesal y de procedimiento administrativo común, por tanto esos preceptos serían inconstitucionales.

En concreto, el Tribunal declaró inconstitucionales, entre otros, aquellos preceptos de la Ley catalana de asociaciones que establecían los supuestos impugnables de los acuerdos de la asamblea general y del órgano de gobierno, o los sujetos que ostentaban legitimación activa y el plazo de caducidad de la acción, basándose en la invasión de la competencia del Estado en materia de legislación procesal.

Así, la nueva normativa pretende minimizar a toda costa aquellas situaciones de conflicto. Un ejemplo de ello es la prohibición de que una persona que se encuentre en conflicto de interés con la fundación intervenga en cualquier toma de decisión o adopción de acuerdos.

En otro orden de cosas, llama la atención el silencio del Código Civil en relación al régimen de responsabilidades de los actos de los fundadores en la etapa previa a la inscripción registral, ya que estos incidentes suelen ser bastante frecuentes. Así, por lo que se refiere a los efectos o la actuación en el tráfico jurídico en nombre de una «fundación» no inscrita, en principio, sería aplicable supletoriamente la Legislación estatal, que sí se encarga de cuestiones como la actuación externa de los fundadores, patronos u otros antes de la inscripción.

En relación a los actos previos a la inscripción, el artículo 331-1.4 habla por primera vez, a diferencia de la normativa común, de la adquisición de la «personalidad jurídica definitiva». Sin embargo, como hemos señalado, el Código ni siquiera regula las situaciones de las fundaciones en constitución o irregulares.

Por tanto, como quiera que la redacción del precepto pudiera inducir a confusiones, debemos aclarar que la fundación adquiere, en todo caso, la personalidad jurídica, únicamente a partir de su inscripción. Y que el término «definitiva», en ningún caso implica la existencia de una personalidad jurídica previa o provisional.

Otra dificultad interpretativa se nos presenta en cuanto a las delegaciones de fundaciones extranjeras establecidas en Cataluña. Según hemos apuntado, estas delegaciones han de inscribirse en el Registro y quedan sujetas a la regulación del Libro III.

Pues bien, la dificultad se nos presenta cuando caemos en la cuenta de que en los artículos 311-1.c) y 311-9 se habla de «fundaciones reguladas por otras leyes», no se concreta que hayan de ser delegaciones «extranjeras». Por tanto, ¿Una delegación de una fundación de competencia estatal o de competencia de otra comunidad autónoma estará sujeta a los referidos requisitos? Y, en su caso, ¿cómo se coordinarían las obligaciones derivadas de ambas normas? Parece ser, en principio, que estas cuestiones han quedado zanjadas, pues la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado tomó cartas en el asunto y adoptó una Resolución ⁵ a fin de resolver las discrepancias que pudieran generar los referidos preceptos.

⁵ Resolución IRP/263/2009, de 9 de febrero, por la que se adopta el acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión

En cuanto al artículo 311-1.c), se establece que ese precepto «se refiere únicamente a la aplicación, en su caso, de las disposiciones del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña a las personas jurídicas de naturaleza fundacional o asociativa reguladas en el propio Libro Tercero del Código Civil de Cataluña».

En cuanto al artículo 311-9, coinciden la Generalitat y la Administración General del Estado en «interpretar el alcance de este precepto circunscrito estrictamente a las fundaciones que desarrollen mayoritariamente sus funciones en Cataluña, de conformidad con el ámbito de la competencia asumida por la Generalitat en mérito al artículo 118.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña».

Por último, aunque ya se ha señalado en el epígrafe correspondiente, consideramos necesario resaltar la novedad relativa a la participación de las fundaciones en sociedades. El artículo 333-4.1 regula, de forma radicalmente opuesta a los principios estatales, el ejercicio de actividades empresariales por parte de las fundaciones, ya sea de forma directa o indirecta. La normativa catalana se erige, con esta regulación, en defensora de dicha actividad, puesto que se permite, incluso, que las fundaciones puedan participar en Uniones Temporales de Empresas (sociedades personalistas) y asumir responsabilidades por deudas sociales.

Bilateral Generalidad-Estado en relación con la Ley de Cataluña 4/2008, de 24 de abril, del Libro Tercero del Código Civil de Cataluña. DOGC núm. 5319, de 16 de febrero de 2009, p. 11521.

La legislación de fundaciones de Canarias

Francisco José Villar Rojas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

María Elena Sánchez Jordán

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

SUMARIO: I. LA INTERVENCIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS EN MATERIA DE FUNDACIONES.—II. RÉGIMEN JURÍDICO-SUSTANTIVO DE LAS FUNDACIONES CANARIAS: 1. *Concepto y ámbito de aplicación*. 2. *Elementos esenciales*: A) La finalidad de interés general. B) El patrimonio. La dotación. 3. *Constitución*: A) El negocio fundacional. B) La adquisición de personalidad jurídica. 4. *Régimen jurídico*. *Los estatutos*. 5. *Organización: gobierno y gestión*: A) El patronato. B) La gerencia. 6. *Actividad*. 7. *Modificación, fusión, federación y extinción*: A) Modificación. B) Fusión y federación. C) Extinción.—III. CONTROL Y TUTELA ADMINISTRATIVA DE LAS FUNDACIONES: 1. *Protectorado*. 2. *Registro de Fundaciones*. 3. *Consejo Asesor del Protectorado de Fundaciones Canarias*.—IV. EN PARTICULAR, LAS FUNDACIONES PÚBLICAS: 1. *Concepto y razón de ser*. 2. *Régimen jurídico*.—V. LAS ESPECIALIDADES DE LA NORMATIVA CANARIA FRENTE A LA ESTATAL: 1. *La relación de la ley canaria con la ley estatal*. 2. *Las especialidades de la normativa canaria*.

I. La intervención de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de fundaciones

La intervención de la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de fundaciones arranca con la aprobación del Estatuto de Autonomía en 1982 (Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto) ¹. El artículo 29.7 disponía lo siguiente:

¹ El estudio que sigue se centra en los aspectos normativos de las fundaciones canarias. No obstante, algunos datos pueden servir para dar una idea del alcance del fenómeno fundacional en el archipiélago. En 1990, año de la aprobación de la primera Ley autonómica, se encontraban registradas 42 fundaciones. Desde ese momento hasta 1998, en que se aprobó la segunda Ley territorial, se constituyeron 82 nuevas fundaciones. De entonces hasta 2007 —incluido— se crearon otras 126 fundaciones. De este modo, en 2007, en las islas se encontraban registradas 251 fundaciones de ámbito autonómico o inferior (de las cuales: 125 en Gran Canaria y 99 en Tenerife). Las actividades más repetidas son las culturales y de acción social, las educativas y las sanitarias. En cuanto a las fundaciones promovidas por entidades públicas, su número asciende a 31 (de las cuales: 11 de la Administración autonómica y 20 promovidas por

«La Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con las normas del presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:

7. *Asistencia social y servicios sociales. Fundaciones (y asociaciones) de carácter docente, cultural, artístico, científico, asistencial y similares en cuanto desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias.*

En cuanto a la capacidad de acción en este ámbito, el artículo 39.2 del Estatuto precisaba que, en el ejercicio de sus competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma de Canarias ostentaba la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la ejecutiva, incluida la inspección.

Éste es el fundamento estatutario que servirá de cobertura a la regulación autonómica sobre fundaciones². En todo caso, como es sabido, la señalada condición exclusiva no tiene carácter absoluto, sino que su alcance debe conciliarse con los títulos competenciales del Estado. La doctrina constitucional es concluyente:

«(...) será el legislador autonómico el habilitado para ejercer la amplia libertad de configuración que el texto constitucional le confiere cuando se trata de fundaciones que realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma (...) En todo caso, al establecer el régimen jurídico de esos entes fundacionales es evidente que la regulación autonómica habrá de respetar las competencias del Estado en las materias de legislación civil y procesal (art. 149.1.8 y 6 CE, respectivamente), sin olvidar que el art. 149.1.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos... constitucionales», competencia que habilita al Estado para dictar normas que permitan disfrutar en condiciones de igualdad del derecho de fundación» (STC 341/2005, FJ 4.º).

A partir de estos títulos, la actuación inicial de la Comunidad Autónoma fue continuista del régimen jurídico preexistente. Así, una vez producido el traspaso de funciones y servicios relacionados con las fundaciones³, la primera

las entidades locales canarias). Los datos se toman del amplio y riguroso trabajo de investigación coordinado por A. DE SOUZA IGLESIAS, R. DÍAZ HERNÁNDEZ y M. SIMANCAS CRUZ, *Fundaciones en Canarias. Un análisis socioterritorial y económico*, Gobierno de Canarias, Canarias, 2008, 336 pp. Las citas en páginas 49, 51, 63 a 65, 67 y 93.

² Un primer comentario sobre esta competencia en I. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, «Artículo 29.7», en obra colectiva *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Canarias*, Instituto Canario de Administración Pública y Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 341-366.

³ Ese traspaso se produjo, sucesivamente, mediante el RD 2091/1983, de 28 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de educación, que incluyó el protectorado de fundaciones docentes (BOE de 6 de agosto de 1983); el RD 3409/1983, de 21 de diciembre, en materia de fundaciones benéficas y laborales (BOE de 9 de febrero de 1984), y el RD 3355/1983, de 28 de di-

medida consistió en establecer los órganos autonómicos que asumían las tareas del protectorado y registro de fundaciones (arts. 122 a 125 del Decreto 462/1985, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Consejería de Presidencia). A continuación se procedió a regular la organización y funcionamiento del registro de fundaciones privadas de competencia autonómica (Orden de 9 de abril de 1986, de regulación del Registro de Fundaciones Privadas de Canarias).

El crecimiento y expansión de las fundaciones, tanto como la necesidad de clarificar su régimen jurídico, llevaron a la aprobación por el Parlamento canario de la primera regulación completa en esta materia: la Ley 1/1990, de 29 de enero, de Fundaciones Canarias⁴. Esta norma fue completada por el Decreto 188/1990, de 19 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado de las Fundaciones Canarias (modificado por Decreto 72/1992, de 22 de mayo). La Orden de 9 de abril de 1986 sobre el registro de fundaciones privadas canarias permaneció vigente⁵.

Es importante destacar, aunque sea conocido, que, en el momento de aprobación de la ley autonómica, el régimen jurídico estatal seguía siendo: «*fragmentario, incompleto, vetusto, contradictorio y caótico*», en palabras del preámbulo de la ley territorial. La primera regulación estatal completa se producirá cuatro años después con la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

El Estatuto de Autonomía de Canarias fue objeto de modificación parcial en 1996 (mediante Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre). En todo caso, la competencia exclusiva sobre fundaciones siguió igual. Los cambios introducidos fueron menores; básicamente se produce una reenumeración. Ahora la competencia se recoge en el artículo 30.7 del Estatuto. La competencia sobre asistencia social y servicios sociales pasa al artículo 30.13. Y el

ciembre, en materia de cultura (BOE de 27 de enero de 1984). También, por lo que hace a las fundaciones laborales, las previsiones del RD 1033/1984, de 11 de abril, en materia de trabajo (BOE de 1 de junio de 1986).

⁴ Este marco normativo (Ley 1/1990) fue objeto de estudio monográfico por F. DÍAZ BRITO, *Normativa y competencias de Canarias sobre fundaciones privadas*, Bosch, Barcelona, 1997, *passim*.

⁵ Este bloque normativo se completó con las referencias del apartado «Asociaciones y Fundaciones» del anexo del Decreto 164/1994, de 29 de julio, por el que se adaptaron los procedimientos administrativos de la Comunidad Autónoma a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

ámbito de potestades vinculadas con las competencias exclusivas (potestad legislativa, reglamentaria, ejecución e inspección) se convierte en el nuevo artículo 40.2 del Estatuto. En suma, la reforma de 1996 no supuso cambio sustantivo alguno ⁶.

La expansión constante del fenómeno fundacional en las islas es una de las causas que se esgrimieron para una segunda reforma del marco normativo autonómico. Así, de acuerdo con el preámbulo, con el fin de acomodar el marco jurídico a las necesidades de las fundaciones, el Parlamento aprobó la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias.

La nueva ley pretende ordenar las fundaciones que desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias (art. 2.1), entendiéndose por tales, en todo caso, aquellas que tengan su domicilio en el archipiélago (art. 2.2) ⁷. Acotado de este modo su ámbito de aplicación, la norma realiza una regulación exhaustiva de esta institución jurídica: concepto, constitución, elementos esenciales —fin y dotación—, organización, actividad, modificación, fusión y extinción, protectorado y registro de fundaciones (arts. 3 a 43); ordenando, además, la adaptación obligatoria de las fundaciones ya existentes (disposiciones transitorias primera y segunda). Se volverá sobre cada uno de estos aspectos en los epígrafes siguientes. El cuadro se cierra con la previsión de la aplicación supletoria del Derecho estatal de fundaciones, en cuanto no contradiga lo que dispone la ley autonómica (disposición adicional primera). Se trata de una previsión discutible, pero que evidencia la voluntad de exclusividad y exhaustividad del legislador territorial ⁸.

⁶ La competencia sobre fundaciones quedó del modo siguiente: «*La Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con las normas del presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: 7. Fundaciones (y asociaciones) de carácter docente, cultural, artístico, científico, asistencial y similares en cuanto desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias*» (art. 30.7 del Estatuto).

⁷ Sobre esta remisión al domicilio de la fundación, véase más adelante epígrafe II.1. *Concepto y ámbito de aplicación*.

⁸ La disposición adicional primera dice lo siguiente: «*En todo lo no previsto expresamente en la presente Ley, será de aplicación, con carácter supletorio la legislación del Estado sobre fundaciones, en cuanto no contradiga lo dispuesto en la presente Ley*». Es clara la finalidad de afirmar la primacía de la competencia y la legislación autonómica sobre la normativa estatal. Ahora bien, este mandato no es una cláusula de supletoriedad, ni podría serlo, porque invadiría la competencia exclusiva del Estado sobre la materia («*las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas*», art. 149.1.8.^a CE) y, además, iría en contra del sentido constitucional de esa regla de integración normativa (art. 149.3 CE). Como tiene dicho el Tribunal Constitucional, ni el Estado puede dictar normas con carácter supletorio, ni tampoco las Comunidades Autónomas fijar la eficacia del derecho estatal (por todas, STC 157/2004, FJ 13.^o). En el mejor de los casos, este precepto podría ser considerado un supuesto de remisión normativa en virtud de la cual el legislador canario hace suya la legislación estatal. No obstante, la imprecisión («*legislación del Estado sobre fundaciones*») pugna con la necesidad de precisión que demanda la técnica de la re-

Esta ley sólo ha sufrido una modificación. La Ley 11/2006, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria, añadió un nuevo Capítulo VI dedicado a la regulación de las «fundaciones públicas autonómicas» (arts. 41 a 43). Por otra parte, la Ley 2/1998 no ha sido objeto de desarrollo reglamentario alguno. Este es el motivo de que continúen vigentes tanto el Decreto 188/1990, sobre organización y funcionamiento del Protectorado, como la Orden de 9 de abril de 1986, sobre el registro de las fundaciones privadas.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley autonómica, se produjo la aprobación de la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que junto con la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, derogó la anterior Ley 30/1994, de 24 de noviembre. Lo relevante es que, pese a la trascendencia de esa reforma, la Ley 2/1998 no se ha acomodado a las previsiones de la Ley 50/2002. Se trata de una tarea que sigue pendiente ⁹.

En 2006, la proposición de ley de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias pretendió introducir cambios en la competencia sobre fundaciones, siguiendo la fórmula recogida en el artículo 118.2 y 3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña ¹⁰. No obstante, esa propuesta fue retirada por el Parlamento de Canarias al concluir la VIII legislatura sin que llegara a ser aprobada, de modo que continúa vigente el marco estatutario descrito ¹¹.

misión; pero, sobre todo, lo que esa disposición legal genera es incertidumbre, puesto que un buen número de preceptos de la norma estatal son de aplicación directa (art. 149.1.1.ª, 6.ª y 8.ª CE en relación con la disposición final primera de la Ley 50/2002). Siendo así, mientras no sea derogada, lo prudente es tener esta disposición por no puesta.

⁹ Véase más adelante el epígrafe *V. Las especialidades de la normativa canaria frente a la estatal*.

¹⁰ El artículo 76 de la proposición de ley decía: «2. *Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en el marco de la legislación civil del Estado, la competencia exclusiva sobre el régimen jurídico de las fundaciones que desarrollen mayoritariamente sus funciones en Canarias. Esta competencia incluye, en todo caso: a) La regulación de las modalidades de fundación, de su denominación, las finalidades y los beneficiarios de la finalidad fundacional, la capacidad para fundar, los requisitos de constitución, modificación, extinción y liquidación, los estatutos, la dotación y el régimen de la fundación en proceso de formación, el patronato y el protectorado, y el patrimonio y el régimen económico y financiero. b) La determinación y el régimen de aplicación de los beneficios fiscales de las fundaciones establecidos en la normativa tributaria canaria. c) El registro de dichas fundaciones.* 3. *Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias la fijación de criterios, la regulación de las condiciones, la ejecución y el control de las ayudas públicas a las (asociaciones) y fundaciones*» (BOCG, Congreso, VIII legislatura, B, 22 de septiembre de 2006, 261-1).

¹¹ La retirada de la proposición de Ley en el BOCG, Congreso, VIII legislatura, B, 15 de enero de 2008, 261-17.

II. Régimen jurídico-sustantivo de las fundaciones canarias

1. Concepto y ámbito de aplicación

El artículo 1.1 de la Ley 2/1998 dispone que: «*son fundaciones las personas jurídicas resultantes de afectar permanentemente por voluntad de sus fundadores un patrimonio al cumplimiento de fines de interés general sin ánimo de lucro*»¹². Se trata de una definición legal que sigue de cerca la propuesta por la mayoría de la doctrina; la misma que, en su día, tomó como referencia el Tribunal Constitucional (por todas, STC 49/1988, FJ 5.º).

Así, por una parte, se destaca la condición de persona jurídica de la fundación; y por otra, se alude claramente a los dos elementos esenciales: la finalidad y el patrimonio, aspectos éstos que caracterizan a esta institución y que la distinguen de otro tipo de personas jurídicas¹³. Y es que las fundaciones son personas jurídicas de base patrimonial¹⁴, que representan la personificación de un fin, lo que explica que carezcan de miembros y que, una vez constituidas, su existencia dependa únicamente de la persistencia del fin asignado por el fundador¹⁵. A esta noción responde la legislación canaria¹⁶.

¹² El concepto que proponía la derogada Ley 1/1990, de Fundaciones Canarias, bajo la rúbrica «Ámbito de aplicación», también encajaba con el mencionado. Su artículo 1.2 decía lo siguiente: «*A los efectos del párrafo anterior, la normativa territorial registrará para todas las personas jurídicas consistentes en la afectación y organización de un patrimonio determinado a un fin de interés general, sin ánimo de lucro, que desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias*».

¹³ En este sentido, *vid.* P. DE PABLO CONTRERAS, en DE PABLO CONTRERAS y otros, *Curso de Derecho civil*, vol. 1, Derecho privado. Derecho de la persona, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pp. 608-609. También J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, I*, vol. 2.º, Dykinson, 4.ª ed. (revisada por J. DELGADO ECHEVERRÍA), Madrid, 2004, pp. 307 y 317 y ss. Hay autores, en cambio, que consideran que son tres los elementos esenciales de la fundación: la voluntad del fundador, la finalidad de interés general y el patrimonio afecto al mismo; en esta línea puede citarse, entre otros, a V. L. MONTÉS PENADÉS, «Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones en el Derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre», en *Asociaciones y Fundaciones*, XI Jornada de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2005, pp. 200 y ss.; también hay quienes consideran esenciales el patrimonio y la finalidad, pero sustituyen la voluntad del fundador por la organización (es el caso de M. E. SERRANO CHAMORRO, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 103 y 106-107). En todo caso, los elementos que se repiten son los dos señalados como esenciales: el fin de interés general y la afectación al mismo de un patrimonio.

¹⁴ J. CAFFARENA LAPORTA, «Comentario al artículo 35 del Código Civil», en *Comentario del Código civil*, tomo I, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 238.

¹⁵ DE PABLO, *ob. cit.*, p. 605.

¹⁶ En cambio, la Ley 50/2002 pone el énfasis en el aspecto organizativo. Así, su artículo 2.1 dispone: «*son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general*».

En cuanto a su ámbito de aplicación, el artículo 2.1 de la Ley 2/1998 establece que la misma «será aplicable a las fundaciones que desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias», precisando el apartado siguiente que «se entenderá, en todo caso, que desarrollan esencialmente sus funciones en Canarias aquellas fundaciones que tengan su domicilio en el Archipiélago, aunque se relacionen con terceros fuera de ella mediante relaciones instrumentales de su tráfico asistencial, cultural o docente», para concluir, en su número 3, que «las fundaciones tendrán su domicilio en el lugar donde se encuentre la sede de su órgano de gobierno».

El precepto transcrito realiza un loable esfuerzo de concreción para determinar cuándo debe entenderse que una fundación realiza esencialmente sus funciones en Canarias: cuando tenga su domicilio en las islas Canarias¹⁷. Se trata de un avance con respecto a la derogada Ley 1/1990¹⁸. De esta manera se evita la necesidad de probar qué porcentaje de la actividad de una fundación se desarrolla en el ámbito de la Comunidad Autónoma canaria para decidir si la norma autonómica es o no aplicable.

Ahora bien, la solución del legislador territorial plantea algunos problemas. Es el caso de una fundación cuyo patronato esté domiciliado en el Archipiélago pero que no desarrolle ninguna función en el mismo, o que no desarrollara esencialmente sus funciones en Canarias. En este supuesto, y de acuerdo con la norma comentada, la legislación aplicable es la canaria, una solución que parece absurda¹⁹. También lo sería considerar inaplicable la norma canaria a una fundación domiciliada en otro punto de la geografía española, pero que desarrolle la parte fundamental de sus actividades en la Comunidad Autónoma canaria. Parece más razonable entender que cuando la fundación tiene su domicilio en Canarias y, además, lleva a cabo principalmente sus funciones en el Archipiélago, es de aplicación la Ley 2/1998, mientras que si falta el desarrollo de la actividad resulta más apropiado aplicar la normativa estatal²⁰. El

¹⁷ La Ley 50/2002 ofrece un doble criterio a la hora de determinar dónde se encuentra el domicilio estatutario de una fundación al disponer, en su artículo 6, que «las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato, o bien en el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades». La Ley canaria elimina la referencia a cuál sea el lugar en el que desarrollan principalmente sus actividades.

¹⁸ Que se limitaba a disponer, en su artículo 1.1, que la normativa contenida en dicha ley sería aplicable a las fundaciones «que desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias».

¹⁹ Más comprensivo con el tenor literal de la norma —y con las consecuencias de su aplicación, a pesar de que las califica de desconcertantes— se muestra F.J. DÍAZ BRITO, «La normativa canaria sobre fundaciones», en *Derechos civiles de España*, vol. VII, dir. por R. BERCOVITZ y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS, Aranzadi, Madrid, 2000, pp. 3925-3926.

²⁰ En esta línea argumental, DE PABLO CONTRERAS, ob. cit., pp. 607-608.

parámetro determinante para decidir acerca de la aplicabilidad de la Ley canaria debe ser el del desarrollo principal de sus funciones ²¹.

Por otra parte, la misma afirmación debe realizarse a la luz del reparto constitucional de competencias. La literalidad del precepto con respecto al criterio del domicilio («*en todo caso*» dice la ley) pugna con el título competencial autonómico («*en cuanto desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias*», art. 30.7 del Estatuto). La única manera de salvar esa contradicción es una interpretación del precepto legal conforme al reparto competencial; algo que sólo es posible entendiendo que la referencia al domicilio es mera presunción *iuris tantum*, que facilita la calificación, pero admite prueba en contrario, puesto que el único criterio estatutario es el lugar donde se desarrollen esencialmente las actividades.

2. Elementos esenciales

A) La finalidad de interés general

Como queda dicho, el artículo 1.1 de la Ley 2/1998 delimita las fundaciones en relación con el cumplimiento de fines de interés general sin ánimo de lucro, que se configura como elemento esencial ²². Tras esa referencia, el artículo 10 de la misma norma precisa que «*los fines fundacionales deben ser de interés general y beneficiar a colectividades genéricas de personas, no individualmente determinadas. Tendrán consideración de interés general los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares*» ²³. Como resulta de la letra de la ley, los posibles beneficiarios de las actividades de la fundación deben ser colectividades de personas —con independencia del número de sus componentes, como resulta del segundo inciso del art. 10 de la Ley 2/1998, que menciona, entre los posibles beneficiarios del interés general, a los colectivos de trabajadores de una empresa, sin referencia alguna a sus dimensiones ²⁴— y no personas concretas

²¹ En este sentido, MONTÉS PENADÉS, ob. cit., p. 170.

²² Acerca de la relevancia del fin fundacional resulta muy esclarecedor LACRUZ, ob. cit., p. 308, donde hace girar el concepto de fundación en torno al fin altruista, concibiéndola como finalidad en acción, con medios y organización propios, añadiendo que la finalidad es el nervio, la ley suprema de la fundación.

²³ La Ley 1/1990 disponía, en su artículo 8, lo siguiente: «1. El fin fundacional debe ser concreto y determinado. En el supuesto de una pluralidad de fines estos deberán ser homogéneos. 2. La finalidad de la fundación ha de ser posible, lícita y de interés general. 3. El fin a realizar debe beneficiar a destinatarios susceptibles de determinación y ha de adecuarse al interés colectivo que inspira la constitución y funcionamiento de la fundación». Como puede comprobarse, el precepto que la norma vigente dedica a la finalidad de la fundación es bastante más genérico que el que se acaba de transcribir.

²⁴ Tal y como señala LACRUZ, ob. cit., p. 318, vale como interés general cualquier actividad que interese a un número indeterminado de sujetos, aunque sea reducido.

y determinadas²⁵. A juicio de la doctrina, significa también que la iniciativa a cuyo servicio se pone la fundación debe ser desinteresada por parte del fundador y valiosa para la comunidad²⁶.

De esta regulación, llama la atención que el legislador canario haya recalcado el aspecto altruista de la fundación cuando señala, que el patrimonio fundacional queda afecto al logro de fines de interés general sin ánimo de lucro, tal y como ya hacía en la definición de fundación contenida en el artículo 1.2 de la Ley 1/1990 (también aparece en el art. 2.1 de la Ley 50/2002). La referencia a la falta de ánimo de lucro en modo alguno es redundante. El aspecto altruista de la fundación no viene impuesto ineludiblemente por la expresión «interés general» sino que se relaciona con el propio concepto de fundación²⁷. Dejando de lado las dificultades que suscita concretar lo que sea «interés general»²⁸, la mejor prueba de que esa declaración no implica la falta de ánimo de lucro es la iniciativa pública económica²⁹ y, en particular, la constitución de sociedades mercantiles de capital íntegramente público, tanto para la prestación de servicios públicos como para competir en el mercado³⁰.

²⁵ Debe apuntarse, no obstante lo expuesto, que recientemente se ha dado entrada en el Derecho español a una categoría que, a juicio de algún autor, encajaría en el concepto de fundación de interés particular: los patrimonios protegidos regulados en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad; en este sentido, J. GARCÍA-ANDRADE JIMÉNEZ, «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la Ley y figuras especiales (Artículos 1, 2, 3, DA 2.ª, DA 7.ª y DF 1.ª)», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), Iustel, Madrid, 2005, pp. 51-52, especialmente nota a pie 56.

²⁶ LACRUZ, ob. cit., p. 318; DE PABLO CONTRERAS, ob. cit., p. 609.

²⁷ LACRUZ, ob. cit., p. 314, tiene dicho que la finalidad de interés general representa una nota diferencial con la asociación, que puede tener un objetivo indiferente, trivial, insignificante o absurdo, mientras que el objetivo perseguido por la fundación ha de representar un beneficio de cualquier clase para la comunidad.

²⁸ Sobre esta cuestión, el trabajo de A. NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Libro Homenaje a E. García de Enterría*, III, Civitas, Madrid, 1991, pp. 2581 y ss. También, las reflexiones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 89, 1996, pp. 69 y ss.

²⁹ La iniciativa pública económica se reconoce en el artículo 128.2 de la Constitución. Sobre su alcance, con distintos enfoques, la explicación de S. MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, *Derecho Administrativo Económico*, I. La Ley, Madrid, 1998, pp. 249 y ss.; G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico*, Instituto de Estudios de Regulación y Comares, Granada, 3.ª ed., 2004, pp. 431 y ss., y S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General I*, Iustel, Madrid, 2.ª ed., 2006, pp. 1061 y ss.

³⁰ Sobre el régimen jurídico de las sociedades públicas, los artículos 166 a 182 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. En cuanto a la controversia que las rodea, siguen siendo referencia obligada: G. ARIÑO ORTIZ, «La empresa

El ánimo de lucro es condición legal típica de esas sociedades, algo que no resulta alterado ni por la persecución de un interés general, ni por el carácter público de su capital. En suma, el concepto «interés general» no es sinónimo de altruismo o falta de ánimo de lucro. Ahora bien, esta afirmación no es obstáculo para que la fundación pueda llevar a cabo actividades remuneradas³¹. Que puede realizar actividades empresariales resulta de los artículos 26 y 27 de la Ley 2/1998. Lo que no cabe son las ganancias repartibles³² o el «lucro mercantil»³³.

Por otra parte, frente al listado de fines de interés general que recoge el artículo 3.1 de la Ley 50/2002, de carácter ejemplificativo³⁴, la Ley canaria se limita a describir de forma genérica cómo deben ser los fines fundacionales, indicando, eso sí, de forma muy semejante a lo que sucede en la ley estatal, quiénes pueden ser sus posibles destinatarios. Bien es cierto que la Ley 2/1998 no establece ninguna prohibición a los posibles beneficiarios —salvo la precisión que realiza, en su art. 10, relativa a la necesidad de que los fines fundacionales no beneficien a personas individualmente determinadas—, frente a las restricciones que recoge el art. 3.3 de la Ley 50/2002.

B) El patrimonio. La dotación

La constitución de una fundación requiere la existencia de un patrimonio afecto al cumplimiento de sus fines, tal y como resulta del artículo 1.1 de la Ley 2/1998.

El conjunto de bienes y derechos empleado por el fundador o fundadores para crear la fundación se denomina «dotación»³⁵. En el caso que se estudia,

pública», en obra colectiva *El modelo económico en la Constitución española*, vol. II, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pp. 11-231, y A. ALONSO UREBA, *La empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1985, 584 pp. En particular, sobre el carácter esencial o no del ánimo de lucro, las explicaciones de E. GARCÍA GONZÁLEZ, *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 121-129.

³¹ Para una detallada explicación acerca de la ausencia de ánimo de lucro y la realización de actividades empresariales puede consultarse M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Cívitas, Pamplona, 2008, pp. 32 y ss.

³² LACRUZ BERDEJO, ob. cit., p. 320; DE PABLO CONTRERAS, ob. cit., p. 610.

³³ MONTÉS PENADÉS, ob. cit., pp. 207-208.

³⁴ Muy crítico con la enumeración de los fines posibles de la fundación (si bien a propósito de la redacción contenida en el art. 2.1 Ley 30/1994) se muestra F. MORILLO GONZÁLEZ, *La fundación: concepto y elementos esenciales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 88-91.

³⁵ DE PABLO CONTRERAS, ob. cit., p. 610; J. CAFFARENA LAPORTA, «La dotación (artículo 12)», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, ob. cit., p. 213.

según el artículo 11.1 de la Ley 2/1998, aquella «podrá consistir en bienes y derechos de cualquier tipo, que habrán de ser suficientes para el desarrollo del primer programa de actuación»³⁶. No se establece ninguna previsión respecto de la cantidad que se considera suficiente, a diferencia del artículo 12.1 de la Ley 50/2002, que contiene una presunción *iuris tantum* de suficiencia de la dotación que alcance los 30.000 euros³⁷, aunque permite que el fundador justifique la adecuación y suficiencia de la dotación de valor inferior mediante la presentación del primer programa de actuación junto con un estudio económico que acredite su viabilidad³⁸.

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 11 de la Ley 2/1998: «Si la dotación consistiera en dinero su cuantía se fijará en pesetas. Las aportaciones no dinerarias se cuantificarán en igual forma y se especificarán los criterios de valoración utilizados. En uno y otro caso se acreditará ante el notario actuante la realidad de las aportaciones». Con respecto de las aportaciones no dinerarias, el artículo 12.2 de la Ley 50/2002 exige, además de lo previsto en la ley territorial, que se incorpore a la escritura de constitución de la fundación una tasación realizada por un experto independiente. En el artículo 11.4 de la Ley 2/1998 se establece que «se podrá considerar como dotación el compromiso de aportaciones de terceros siempre que estuvieren garantizadas»³⁹, mientras que el artículo 12.3 de la Ley 50/2002 requiere, para admitir ese mismo tipo de compromiso, que la obligación conste en títulos de los que lleven aparejada ejecución, que son aquellos que aparecen contemplados en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que no equivalen al otorgamiento de una garantía. En todo caso ha de tenerse en

³⁶ En el artículo 7 de la Ley 1/1990 podía leerse: «1. La dotación patrimonial debe realizarse por actos "inter vivos" o de última voluntad, y consistirá en bienes y en derechos de contenido patrimonial o económico. 2. Toda fundación debe constituirse con una dotación patrimonial suficiente para el cumplimiento de sus fines, con independencia de su incremento en virtud de aportaciones sucesivas a cargo del fundador o de terceras personas».

³⁷ A juicio de CAFFARENA LAPORTA (ob. cit., p. 217), con esta previsión el legislador ha tratado de introducir una mayor seguridad en el sistema y de «garantizar un mínimo volumen patrimonial que permita afrontar con seriedad los fines de interés general a que se orienta la Fundación, evitando que se convierta en una mera beneficiaria de subvenciones», con cita de un expediente remitido al Consejo de Estado al Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia, de 23 de abril de 2002, sobre las observaciones realizadas por el Consejo Económico y Social al Anteproyecto de Ley de Fundaciones.

³⁸ El hecho de que no se haya fijado una cuantía mínima de la dotación considerada suficiente para el desarrollo de la actividad fundacional ha dado lugar a que en Canarias coexistan fundaciones cuya dotación es de 150,25 euros con otras que alcanzan los 6.510.672 euros, siendo la dotación media de 125.076,56 euros. Estos datos en el estudio *Fundaciones en Canarias. Un análisis socioterritorial y económico*, ob. cit., pp. 88-89.

³⁹ La referencia a las aportaciones garantizadas es copia del artículo 10.4 de la Ley 30/1994.

cuenta que «no se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos» (art. 11.5 de la Ley 2/1998). Por otra parte, la dotación se puede aportar de forma sucesiva, como autoriza de forma expresa el artículo 11.2 de la Ley 2/1998⁴⁰ y como permite, para las fundaciones de ámbito estatal, el artículo 12.2 de la Ley 50/2002⁴¹. En estos casos de aportación diferida de la dotación, el desembolso inicial no podrá ser inferior al 25% del total previsto por el fundador o fundadores, y el resto deberá hacerse efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados a partir del otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación.

El artículo 11.5 de la Ley 50/2002 contiene una previsión que no se recoge en la norma canaria, a tenor de la cual «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 o por terceras personas, o que se afecten, por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales»⁴². Dicha regla amplía el concepto de dotación, ya que permite comprender en él no sólo lo que algunos autores han denominado «dotación inicial» —que estaría integrada por el conjunto de bienes y derechos de los que dispone el fundador para la constitución de la fundación—, sino, también, otros bienes aportados con posterioridad por el fundador o por terceros siempre que se encuentren vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales⁴³, y ha llevado a entender que la dotación es la especie del género patrimonio⁴⁴.

Que patrimonio y dotación son conceptos distintos resulta, igualmente, del artículo 19.1 de la Ley 50/2002, que señala que «El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración

⁴⁰ Esta posibilidad de aportación sucesiva de la dotación representa una novedad respecto de la Ley 1/1990, cuyo artículo 7.2 se limitaba a recoger la necesidad de la suficiencia de la dotación para el cumplimiento de los fines fundacionales. Y aunque el mismo precepto añade que cabe su incremento en virtud de aportaciones sucesivas, parece referir esta posibilidad de desembolso sucesivo no a la dotación inicial, sino al patrimonio que se incorpora a la fundación con posterioridad a su constitución. Sobre la distinción entre dotación y patrimonio puede consultarse MORILLO GONZÁLEZ, ob. cit., pp. 107 y ss., especialmente pp. 110-111.

⁴¹ Explica CAFFARENA LAPORTA, «La dotación», cit., p. 222, aunque a propósito de la Ley estatal, que la finalidad de esta posibilidad consiste en facilitar la creación de fundaciones cuando no se dispone del total que representa el mínimo necesario para el desarrollo de la actividad de la fundación; al menos, para la ejecución del primer programa de actuación, como precisa el artículo 11.1 Ley 2/1998.

⁴² A pesar de esta clara alusión a los bienes afectados de forma permanente a los fines fundacionales en el precepto que define la dotación, el artículo 21.1 de la Ley 50/2002 parece distinguirlos cuando se refiere a la enajenación y gravamen «de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales».

⁴³ CAFFARENA LAPORTA, ob. cit., pp. 214-215.

⁴⁴ SERRANO CHAMORRO, ob. cit., p. 146.

económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiriera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación». No se contempla esta distinción de manera expresa, en cambio, en el articulado de la Ley 2/1998, cuyo artículo 12.1 se limita a disponer que *«El patrimonio de la fundación podrá estar constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica»*⁴⁵. Sin embargo, el legislador autonómico tuvo en mente la distinción entre patrimonio y dotación porque la propia Ley 2/1998 se encarga de regular de forma expresa las consecuencias jurídicas que derivan de la calificación de ciertos bienes como integrantes de la dotación fundacional o de su afección al cumplimiento de los fines fundacionales. Se trata de un régimen especial aplicable sobre los actos de enajenación y gravamen y a las transacciones que tengan por objeto los citados bienes, como resulta del artículo 13.1.a) de la Ley 2/1998, donde se establece la necesidad de comunicar al Protectorado de Fundaciones Canarias, con al menos treinta días de antelación, la realización de los mencionados actos. La misma obligación se impone, en el apartado b) del artículo 13.1, respecto de los actos que representen un valor superior al 30% del activo de la fundación que resulte del último balance anual. Si los mismos actos —de disposición y gravamen, así como las transacciones— recaen sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, valores mobiliarios que representen participaciones significativas en los anteriores y objetos de extraordinario valor, también tendrán que ser comunicados al Protectorado; sin embargo, en este caso, no se exige que la comunicación tenga lugar con carácter previo a la realización del acto o negocio de que se trate.

Frente al sistema descrito, la Ley 50/2002 establece un régimen más complejo. El artículo 21.3 de la misma se limita a imponer la comunicación al Protectorado, en el plazo de treinta días a contar desde su realización y no con carácter previo, de los actos de disposición de los bienes y derechos distintos de los que forman parte de la dotación o están vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales. A su vez, el artículo 21.1 impone para la realización de los actos de enajenación, onerosa o gratuita, o el gravamen de los bienes y derechos, que sí forman parte de la dotación o están vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales: *«la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada».*

⁴⁵ M. J. SANTOS MORÓN, «El patrimonio de la fundación. Régimen de gestión patrimonial (Artículos 19 a 22 y 28)», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, ob. cit., p. 280, se muestra crítica con la norma canaria. Tras destacar que su contenido es idéntico al del artículo 17.1 de la Ley 30/1994, añade que el precepto es un ejemplo de la defectuosa técnica legislativa que utilizan con relativa frecuencia las Comunidades Autónomas que carecen de competencias en materia civil, que copian la normativa estatal y que —cabe añadir— no siempre se adaptan con la suficiente celeridad a las variaciones de la legislación estatal.

Por otra parte, el artículo 14 de la Ley 2/1998 regula la posibilidad de ver incrementado el patrimonio de la fundación en virtud de actos gratuitos a título *inter vivos* o *mortis causa*. En este último caso, su número 1 dispone que la aceptación de herencias se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario. Aunque en el precepto citado no se establece la responsabilidad de los patronos por la pérdida del beneficio de inventario, frente a lo que dispone el artículo 22.1 de la Ley 50/2002, ésta norma estatal resulta directamente aplicable en tanto que legislación civil [disposición final primera.2.b) de la Ley 50/2002]⁴⁶.

En los apartados siguientes del mismo artículo 14 se relacionan algunos supuestos que exigen la autorización del Protectorado de Fundaciones de Canarias: la aceptación de legados o donaciones con cargas que puedan desnaturalizar el fin fundacional (art. 14.2) y la repudiación de herencias o legados y a la no aceptación de donaciones, en cuyo caso cabría, en defecto de la autorización exigida, la aprobación judicial con audiencia del ministerio público (art. 14.3). Este precepto es copia del artículo 20.2 de la Ley 30/1994. El problema surge porque, en los mismos supuestos, el vigente artículo 22.2 de la Ley 50/2002 sólo requiere la comunicación de los acuerdos al Protectorado; siendo, como es, legislación civil de obligado cumplimiento.

3. Constitución

A) *El negocio fundacional*

Según el apartado II del Preámbulo de la Ley 2/1998, el proceso constitutivo de la fundación se articula en tres fases: negocio fundacional, constitución e inscripción registral. Se supone que tales etapas deberían coincidir con el contenido de las tres secciones que integran el Capítulo I de la norma analizada, que llevan por rúbrica «Constitución de la fundación» (Sección 1.^a), «Escritura de constitución» (Sección 2.^a) e «Inscripción registral» (Sección 3.^a). Sin embargo, el análisis de los preceptos de este Capítulo (arts. 3 a 9) permite simplificar la cuestión.

La fundación se constituye a través del negocio fundacional⁴⁷ —cuyas reglas de capacidad y forma se contienen respectivamente en las Secciones 1.^a y

⁴⁶ Véase, más adelante, epígrafe *V.1. La relación de la ley canaria con la ley estatal*.

⁴⁷ Frente a lo sostenido por algún autor (DÍAZ BRITO, ob. cit., pp. 3926-3928), no se puede distinguir entre negocio fundacional y constitución de la fundación. A propósito de la Ley gallega de Fundaciones, también se mostró crítico con esa separación, J. CAFFARENA LAPORTA, *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991, p. 69.

2.^a del mencionado Capítulo I—, dirigido a la constitución de una fundación, que consiste esencialmente en la declaración de voluntad del fundador o fundadores de constituir esta persona jurídica afectando un conjunto de bienes a un fin de interés general ⁴⁸ y que adquiere personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro de fundaciones, de acuerdo con lo previsto en la Sección 3.^a Este negocio fundacional es de carácter unilateral, de modo que no precisa, para su perfección, la concurrencia de otras voluntades ⁴⁹; dado que la declaración del fundador no va destinada a otro sujeto, que deba aceptarla, se puede afirmar que nos encontramos ante una declaración de voluntad no recepticia ⁵⁰. Es, además, un negocio jurídico gratuito, porque supone una transferencia de bienes que carece de correspectivo ⁵¹.

Bajo el título «Constitución de la fundación» regula la Ley 2/1998 fundamentalmente la capacidad para constituir una fundación. Las reglas de los artículos 3 y 4 de la Ley 2/1998 coinciden sustancialmente con la previsión contenida en el artículo 8 de la Ley 50/2002; y así se admite que tanto las personas físicas como las personas jurídicas —públicas o privadas— puedan constituir una fundación (art. 3 de la Ley 2/1998).

Cuando la fundación se constituye por una persona física, la ley exige que el fundador tenga capacidad para disponer a título gratuito, ya sea *inter vivos* (capacidad para donar) o *mortis causa* (capacidad para hacer testamento), de los bienes y derechos en que consiste la dotación (art. 4.1 de la Ley 2/1998).

El artículo 4.2 de la Ley 2/1998 dispone, para los supuestos en los que el fundador es una persona jurídico-privada de índole asociativo, que será preciso el acuerdo expreso de su junta general, asamblea de socios u órgano equivalente, mientras que si se trata de una persona jurídico-privada de carácter institucional se requiere el acuerdo de su órgano gestor.

A propósito de la «escritura de constitución» se regulan, en los artículos 5 a 8 de la Ley 2/1998, diversos aspectos: las modalidades de constitución de la

⁴⁸ J. CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones» (arts. 4, 8, 9, 10, 11 y 13), en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, S. MUÑOZ MACHADO, M. CRUZ AMORÓS y R. DE LORENZO GARCÍA (dirs.), Iustel, Madrid, 2005, p. 96.

⁴⁹ M. T. CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 133. El carácter unilateral del negocio fundacional había sido ya apuntado por CAFFARENA LAPORTA, *El régimen jurídico de las fundaciones...*, cit., pp. 42-43.

⁵⁰ CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones*, cit., p. 134; también CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones...*, cit., p. 43.

⁵¹ DE PABLO CONTRERAS, ob. cit., p. 612, donde especifica que, como acto dispositivo a título gratuito, le son aplicables las reglas imperativas establecidos para ellos en el ordenamiento; en concreto, las reglas sobre inoficiosidad de las donaciones (art. 636 CC); CARRANCHO HERRERO, *La constitución de fundaciones*, ob. cit., pp. 137-138.

fundación y su forma, el contenido de la escritura de constitución de la fundación y el de sus estatutos, así como el régimen jurídico aplicable a la fundación en proceso de formación.

Cuando la fundación se constituye por actos *inter vivos* tiene que constar en escritura pública (art. 5.2 de la Ley 2/1998), en la que se deben contener, al menos, los siguientes extremos (art. 6 de la misma ley):

- a) El nombre, apellidos, edad y estado civil de los fundadores si son personas físicas; y la denominación o razón social, si son personas jurídicas, y, en ambos casos, la nacionalidad y el domicilio.
- b) La voluntad de constituir una fundación.
- c) La dotación fundacional y su valoración, con la descripción y naturaleza de los bienes y derechos que la integran, su titularidad, sus cargas y el título, forma y realidad de su aportación.
- d) Los estatutos fundacionales.
- e) La identificación de las personas que integran el órgano de gobierno y su aceptación, si se efectúa en el momento fundacional.
- f) El primer programa de actuación de la fundación en función de los recursos disponibles.

Las diferencias entre este precepto y el artículo 10 de la Ley 50/2002 son mínimas y de escasa trascendencia: por una parte, a la hora de la identificación de los fundadores, el artículo 6.1.a) de la Ley 2/1998 recién transcrito no alude al número de identificación fiscal de los fundadores, que sí aparece mencionado como requisito de necesaria constancia en el artículo 10.a) de la Ley 50/2002. Por otra, el artículo 6.1.c) de la norma autonómica se refiere a la descripción y naturaleza de los bienes y derechos que integran la dotación fundacional, aspectos que no se encuentran mencionados en el artículo 10.c) de la Ley 50/2002.

En los casos en los que el negocio fundacional tiene lugar por acto *mortis causa*, el artículo 5.3 de la Ley 2/1998 parece distinguir entre el negocio fundacional y la escritura de constitución de la fundación, cuando señala que «*En el acto fundacional “mortis causa”, el fundador podrá otorgar por sí mismo la escritura pública o designar a las personas que hubieren de otorgarla*». Sin embargo, parece mejor sostener que el negocio fundacional se encuentra en todo caso contenido en el testamento —que vale en cualquiera de las formas admitidas por el CC y, por tanto, no sólo la notarial—, en el que el fundador podrá haber incluido todos los extremos a los que se refiere el artículo 6.1 de la Ley 2/1998. A su vez, cabe también la posibilidad de que en el acto *mortis causa* el testador

pudiera haberse limitado a establecer su voluntad de crear la fundación y a disponer de los bienes y derechos de la dotación —otorgando, en consecuencia, el negocio fundacional⁵²— encomendando a terceros el otorgamiento de la escritura en la que se contenga el resto de los requisitos del artículo 6.1 de la Ley 2/1998, como resulta del artículo 5.3, párrafo segundo, de la misma Ley⁵³ y como parece deducirse, además, del artículo 1.2 de la Orden de 9 de abril de 1986, de regulación del Registro de Fundaciones Privadas de Canarias⁵⁴.

A propósito de este proceso de constitución de la fundación, la Ley territorial contiene una variación con respecto a la Ley 50/2002 en lo relativo al orden de las personas llamadas al otorgamiento de esa escritura que podría denominarse complementaria⁵⁵, ya que sitúa en primer lugar a «la persona que designe el testador» y, en su defecto, al albacea testamentario, que es el llamado en primer término en el artículo 9.4 de la Ley 50/2002. En defecto del albacea el precepto estatal llama a los herederos testamentarios, mientras que la norma autonómica se refiere a «los herederos o las personas a quienes en derecho corresponda la ejecución del testamento», con lo que se da entrada a los herederos abintestato, que están excluidos en el caso de la Ley 50/2002. En último término se refiere el artículo 5.3, párrafo segundo, de la Ley 2/1998 a la persona designada por el Protectorado, que actuará cuando los anteriores —persona designada por el testador, albacea o herederos o personas a quienes en derecho corresponda la ejecución del testamento— no existan. En cambio, el artículo 9.4 de la Ley 50/2002, último inciso, encomienda la tarea de otorgar esta

⁵² Entiende CAFFARENA LAPORTA, «La constitución de las fundaciones», ob. cit., pp. 105-106, aunque a propósito de la regla contenida en el artículo 9.4 de la Ley 50/2002, que, como se verá, tiene un contenido muy similar al artículo 5.3, párrafo segundo, de la Ley 2/1998, que aunque no se mencione el fin fundacional en este supuesto de constitución de la fundación por acto *mortis causa*, esto debe entenderse en el sentido de que basta con que conste la voluntad del fundador de destinar los bienes de que dispone a la realización de fines de interés general, permitiéndose a la persona o personas aludidas por el precepto la concreción del fin o fines de la fundación.

⁵³ A juicio de CAFFARENA LAPORTA (ob. cit., p. 104), siempre respecto de la regla del artículo 9.4 de la Ley 50/2002, el legislador ha empleado una técnica defectuosa a la hora de regular esta posibilidad de que la fundación se pueda constituir a través de un procedimiento más complejo, constituido por la voluntad del testador manifestada en testamento y completada por el otorgamiento de escritura pública por terceros, que ejecutan y cumplen la voluntad del testador.

⁵⁴ En dicho precepto se dispone: «En el caso de acto constitutivo “*mortis causa*”, la voluntad fundacional deberá se ejecutada por las personas designadas expresamente al efecto, sin perjuicio del otorgamiento directo de la carta fundacional por el fundador en el acto “*mortis causa*”. El Protectorado integrará la voluntad fundacional, supliéndola, completándola o interpretándola en respeto y amparo de la finalidad de interés público manifestada».

⁵⁵ En expresión de DE PABLO CONTRERAS, ob. cit., p. 613.

escritura directamente al Protectorado, cuando los anteriores «no existieran, o incumplieran esta obligación».

Para concluir este apartado es preciso llamar la atención sobre tres diferencias relevantes entre el régimen constitutivo de la fundación contenido en la Ley 2/1998 y el articulado por la Ley 50/2002.

En primer lugar, la previsión contenida en el artículo 5.4 de la Ley 2/1998, a tenor de la cual: «Una vez otorgada la escritura de constitución, el proceso constitutivo es irrevocable, debiendo el Protectorado de Fundaciones Canarias completar dicho proceso en caso de que las personas encargadas de hacerlo no realizaran los trámites oportunos. A estos efectos, los notarios tendrán la obligación de comunicar al Protectorado de Fundaciones Canarias el otorgamiento de cualquier escritura de constitución de una fundación». Frente a lo que sucede en la Ley 50/2002, en la que no se contiene un precepto de corte semejante al comentado ⁵⁶, el legislador autonómico señala de forma clara la irrevocabilidad del proceso constitutivo de la fundación una vez otorgado el negocio fundacional, a la vez que impone al Protectorado la obligación de suplir la inactividad del fundador o de las personas encargadas de completar el proceso constitutivo ⁵⁷.

En segundo término, mientras que el artículo 6.2 de la Ley 2/1998 permite otorgar a la escritura pública el carácter de carta fundacional, de manera que puedan adherirse a ella otras personas con la condición de fundadores en un momento posterior al otorgamiento del negocio fundacional, en el plazo y con los requisitos señalados en la escritura de constitución, la Ley 50/2002 no formula ninguna regla a este respecto.

En tercer lugar, en el régimen de responsabilidad de los patronos establecido a propósito de la regulación de las «fundaciones en proceso de formación», denominación que emplea la Ley 50/2002 para referirse a las fundaciones cuya escritura fundacional ha sido otorgada pero que todavía no han sido inscritas, se encuentra una divergencia importante. Así, el artículo 13.2 de la Ley 50/2002 establece que si en el plazo de seis meses los patronos no hubiesen 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»; mientras que el artículo 8 de la Ley 2/1998 afirma que «la responsabi-

⁵⁶ Aspecto que es criticado por CAFFARENA, «La constitución de las fundaciones», cit., p. 100.

⁵⁷ Este precepto merece el juicio positivo de DÍAZ BRITO, ob. cit., p. 3929, pues evita que una fundación constituida, pero carente de personalidad por no haber sido inscrita aún en el Registro de Fundaciones, pueda llegar a no alcanzarla nunca.

lidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos»⁵⁸.

B) *La adquisición de personalidad jurídica*

El artículo 9.1 de la Ley 2/1998, con una redacción que coincide en lo esencial con la contenida en el artículo 4.1, inciso primero, de la Ley 50/2002, hace depender la adquisición de la personalidad jurídica de la fundación de la inscripción de la escritura de constitución en el Registro de Fundaciones. Lo dicho no impide que el artículo 8 de la Ley 2/1998 reconozca, a ciertos efectos, la existencia de la fundación con carácter previo a la inscripción, autorizando al patronato de la fundación todavía no inscrita a practicar no sólo los actos necesarios para la inscripción sino, también, «*aquellos otros que resulten indispensables para la conservación de su patrimonio y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación, los cuales condicionarán su eficacia a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la fundación*» (parecidamente, art. 13.1 de la Ley 50/2002).

La adquisición de personalidad jurídica se hace depender de un acto en el que interviene la Administración⁵⁹ —la inscripción—. Se trata de un acto reglado, ya que ésta «*sólo podrá denegarse por resolución motivada del órgano que reglamentariamente tenga atribuida la competencia sobre el Registro de Fundaciones de Canarias, cuando la escritura pública de constitución de la fundación no reúna los requisitos previstos en esta ley y demás legislación aplicable*» (art. 9.2, primer inciso, de la Ley 2/1998), tal y como sucede, también, en el caso de las fundaciones sometidas a la Ley 50/2002, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1, inciso segundo, de dicha norma⁶⁰.

⁵⁸ Se impone, otra vez, la norma estatal en tanto que legislación civil. Véase, más adelante, epígrafe *V1. La relación de la ley canaria con la ley estatal*.

⁵⁹ Las dudas que plantea el encaje constitucional de la exigencia de la inscripción de la escritura fundacional en el Registro de Fundaciones son despejadas por CAFFARENA, «La constitución de las fundaciones», cit., pp. 74-75; en esencia viene a decir que lo que no permite la Constitución es hacer depender la adquisición de la personalidad jurídica de la fundación de un acto discrecional de la autoridad administrativa, mientras que la inscripción se configura como un acto reglado. Con otros argumentos, la STC 341/2005, FJ 4.º

⁶⁰ Esta referencia se completa con la previsión del artículo 4 de la Orden de 9 de abril de 1986, de regulación del Registro de Fundaciones Privadas de Canarias, en el que se dispone lo siguiente: «1. La inscripción sólo podrá denegarse por resolución motivada, si la entidad constituida no reúne los elementos y requisitos previstos en esta Orden y en el resto de las disposiciones aplicables. 2. La autorización o denegación de las inscripciones tendrá la naturaleza de acto administrativo y frente al mismo cabrán los recursos previstos en las disposiciones aplicables en materia de procedimiento administrativo».

En último término, es preciso destacar que el artículo 9.2, inciso segundo, de la Ley 2/1998, exige, con carácter previo a la resolución que se adopte en relación con la inscripción, un informe preceptivo, pero no vinculante, de la Dirección General de Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias. Se trata de un requisito que no se recoge en la Ley 50/2002.

4. Régimen jurídico. Los estatutos

De acuerdo con el artículo 1.2 de la Ley 2/1998 (de contenido muy similar al art. 2.1 de la Ley 50/2002), las fundaciones se rigen por la voluntad de su fundador, por sus estatutos y, en todo caso, por la Ley 2/1998. Las disposiciones de los estatutos o la manifestación de la voluntad del fundador o fundadores que sean contrarias a lo previsto en la ley se tendrán por no puestas (art. 9.3 de la Ley 2/1998). El artículo 11.2, segundo inciso, de la Ley 50/2002 añade que cuando tales contradicciones afecten a la validez constitutiva de la fundación, no procederá la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones. La condición de legislación civil de esta norma determina su plena exigibilidad [disposición adicional primera.2.b) de la Ley 50/2002].

El contenido mínimo de los estatutos —que tienen que figurar en la escritura constitutiva de la fundación— es, según el artículo 7 de la Ley 2/1998, el siguiente:

- a) La denominación de la entidad, en la que deberán figurar las palabras «fundación canaria», que no podrá coincidir ni asemejarse de manera que pueda crear confusión con la de otra previamente inscrita en el Registro de Fundaciones de Canarias ⁶¹.
- b) Los fines fundacionales.
- c) El domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar principalmente sus actividades ⁶².
- d) Las reglas básicas para la aplicación de los recursos a las finalidades fundacionales y para la determinación de los beneficiarios.

⁶¹ Frente a la parquedad de la legislación canaria, la Ley 50/2002 dedica un precepto completo —el art. 5— a la denominación de las fundaciones, en el que establece una serie de requisitos relativos a su idoneidad, disponibilidad y licitud. Un exhaustivo estudio de este aspecto en J. M. EMBID IRUJO, «La denominación de la fundación (Artículo 5)», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, ob. cit., pp. 154 y ss.

⁶² Sobre este asunto, lo que se expuso, más atrás, en el epígrafe II.1. *Concepto y ámbito de aplicación*.

e) El órgano de gobierno y representación de la fundación, con expresión de su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, duración del mandato pudiendo el o los fundadores establecer su carácter indefinido, causas de cese, atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos.

f) Cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los fundadores quieran establecer.

La Ley 2/1998 autoriza la modificación de los estatutos en su artículo 29. Se volverá sobre este aspecto más adelante.

5. Organización: gobierno y gestión

A) El patronato

El patronato es el órgano de gobierno de la fundación y, en consecuencia, debe ejercer todas las facultades necesarias para la realización de los fines fundacionales. La ley le atribuye, en especial, la administración diligente de los bienes y derechos del patrimonio fundacional, afirmando, ya desde el precepto en el que describe al patronato, la responsabilidad por los menoscabos causados por su negligente administración (art. 15.2 de la Ley 2/1998, que se corresponde con el art. 14.2 de la Ley 50/2002).

Este órgano está formado por un mínimo de tres miembros (art. 17.1 de la Ley 2/1998)⁶³. Tendrá un presidente y un secretario que serán designados de conformidad con los criterios fijados por el fundador; a falta de tales criterios, se designarán por elección entre sus miembros (art. 17.2 de la Ley 2/1998; también art. 15.1 de la Ley 50/2002). Uno y otro deben ser patronos; así resulta de la interpretación conjunta de los artículos 16 y 17 (el patronato sólo tiene miembros, que son patronos). A diferencia de esta regulación, el artículo 15.1, párrafo segundo, de la Ley 50/2002 permite que el cargo de secretario pueda recaer en una persona ajena al patronato, en cuyo caso tendrá voz pero no voto⁶⁴.

Pueden formar parte del patronato tanto personas físicas —siempre que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos (art. 18.2 de la Ley 2/1998)— como personas jurídicas, en

⁶³ En cambio, la Ley 1/1990 permitía que por voluntad del fundador se estableciera otra composición (art. 9.3).

⁶⁴ En la Ley 1/1990 no se contemplaba la figura del secretario, que sí que aparece regulada, en parecidos términos a los del artículo 15.1, párrafo segundo, de la Ley 50/2002, en el artículo 13 de la Ley 30/1994.

cuyo caso intervendrán a través de representante (art. 18.3). La ley precisa que cuando el cargo de patrono recaer sobre una persona física deberá ejercerse personalmente y no podrá ser delegado (art. 18.4), exceptuándose el caso de los llamados a ejercer esa función en razón del cargo que ocupen, en cuyo caso se admite su sustitución por la persona que fuera designada al efecto (art. 18.5). A diferencia de lo que sucede en la Ley 50/2002, la ley territorial no contempla la posibilidad de que el patrono sea sustituido por otro patrono para actos concretos y con sujeción a las instrucciones que el representado formule por escrito (art. 15.5, párrafo primero, de la Ley 50/2002).

Para comenzar en el ejercicio de sus funciones, el artículo 19.1 de la Ley 2/1998 exige a los patronos haber aceptado expresamente el cargo. La norma admite cuatro modalidades de constancia de la aceptación: documento público, documento privado con firma legitimada por notario, comparecencia en el Registro de Fundaciones de Canarias y certificación del secretario del patronato con el visto bueno del presidente y la firma notarialmente legitimada de ambos. El apartado 3 del mismo artículo 19 requiere que la aceptación de los patronos conste en el Registro de Fundaciones de Canarias; el artículo 15.3 de la Ley 50/2002 exige, además, la notificación formal de la aceptación al Protectorado. No parece una diferencia sustantiva en tanto el Protectorado tiene a su cargo la gestión del Registro.

El cargo de patrono es gratuito, *«sin que en ningún caso puedan percibir retribución por el desempeño de su función»*. No obstante, y salvo disposición en contra del fundador, los patronos tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione (art. 19.2 de la Ley 2/1998). La Ley 50/2002 prevé la posibilidad, salvo disposición en contra del fundador, de que el patronato fije una retribución adecuada a los patronos que presten a la fundación servicios que no se correspondan con el desempeño de sus funciones como patronos, previa autorización del Protectorado (art. 15.4, párrafo segundo).

Se admite la delegación de facultades en uno o varios de los patronos, así como el nombramiento de apoderados generales o especiales, si bien se excluye de la posibilidad de delegación la aprobación de cuentas y del presupuesto, la de aquellas facultades que precisen autorización del Protectorado y la de aquellas otras cuya delegación estuviera expresamente prohibida por el fundador (art. 20.1 y 2 de la Ley 2/1998). El artículo 20.3 de la ley exige la inscripción de las delegaciones y los apoderamientos generales —salvo que fuera para pleitos—, así como su revocación, en el Registro de Fundaciones de Canarias. En la ley autonómica no se encuentra una norma similar a la contenida en el artículo 37.3 de la Ley 50/2002, a tenor de la cual *«Los actos sujetos a inscripción*

no inscritos no perjudicarán a tercero de buena fe. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción no inscrito». No obstante, cabría plantear la aplicabilidad del precepto recién transcrito en el caso de que los actos mencionados en el artículo 20.3 de la Ley 2/1998 no se inscribieran en el Registro de Fundaciones de Canarias, bien es cierto que no se trata de legislación estatal de aplicación general (cfr. disposición adicional primera de la Ley 50/2002).

El régimen de responsabilidad de los patronos —a quienes se imponen las obligaciones de servir el cargo con la diligencia de un representante leal y de mantener la productividad de bienes y derechos según los criterios económico-financieros de un buen gestor (art. 16 de la Ley 2/1998)— se encuentra diseñado en el artículo 23 de la Ley 2/1998, que dispone que aquellos «*responderán frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados negligentemente*». No se precisa, sin embargo, cómo se articula esa responsabilidad en el caso de pluralidad de responsables. No obstante, el artículo 17.2 de la Ley 50/2002 establece que sea solidaria; una norma que es legislación civil de directa aplicación [disposición adicional primera 2.b) de la ley estatal].

En relación con la responsabilidad, el número 2 del artículo 23 de la Ley 2/1998 contiene una cláusula de exoneración a favor de los patronos que se hubieran opuesto de manera expresa al acuerdo dañoso, así como de aquellos que no hubieran participado en su adopción; más exigente es el legislador estatal en este segundo caso ya que, para eximir de responsabilidad al patrono requiere, además de su no intervención en la adopción y ejecución del acuerdo, la demostración de que desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o se opuso expresamente al acuerdo (art. 17.2, segundo inciso, de la Ley 50/2002). La acción de responsabilidad se ejercerá ante la jurisdicción ordinaria en nombre de la fundación, atribuyéndose la legitimación activa al patronato, al Protectorado de Fundaciones Canarias y al fundador, siempre y cuando la actuación de los patronos fuera contraria o lesiva a los fines fundacionales (art. 23 de la Ley 2/1998). El artículo 17.3.c) de la Ley 50/2002 amplía la legitimación a los patronos disidentes o ausentes, y la reconoce al fundador cuando no fuera patrono, sin exigir la vulneración de los fines de interés general. Interpuesta la acción de responsabilidad, el juez puede acordar la suspensión de los patronos demandados (art. 21.3 de la Ley 2/1998).

El cese y la sustitución de los patronos aparecen regulados en el artículo 21.1 y 2 de la Ley 2/1998, lo que supone una novedad con respecto a la legislación anterior, que guardaba silencio en este punto. Las causas son:

- a) La muerte o declaración de fallecimiento, así como la extinción de la persona jurídica.
- b) La incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad de acuerdo con lo establecido en la Ley.
- c) El cese en el cargo por razón del cual fue nombrado miembro del Patronato.
- d) El no desempeñar el cargo con la diligencia exigida, si así se declara en resolución judicial.
- e) La resolución judicial derivada del ejercicio de la acción de responsabilidad prevista en el artículo 23.
- f) El transcurso del período de su mandato, si fue nombrado por un determinado tiempo.
- g) La renuncia ⁶⁵.
- h) Otras causas establecidas válidamente para el cese en los estatutos.
- i) Cuando un miembro del patronato no resulte idóneo para desempeñar el cargo en virtud de circunstancias que puedan dañar la imagen o la labor de la fundación.

Estas causas son prácticamente idénticas a las contenidas en el artículo 18 de la Ley 50/2002. No obstante, esta última añade «*el transcurso del plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones*». En cambio, la causa contemplada en la letra i) representa una novedad frente a lo dispuesto en la ley estatal. En este caso, el acuerdo de cese del patronato habrá de adoptarse por mayoría absoluta y deberá ser comunicado al Protectorado de Fundaciones Canarias ⁶⁶. Este supuesto no incurre en exceso de competencia; no cuando la legislación estatal admite que los estatutos fundacionales añadan otras causas.

En caso de cese de los patronos, entrará en juego el mecanismo de la sustitución previsto en los estatutos. Si ello no fuera posible, se modificarán los es-

⁶⁵ Según el artículo 21.1.g) la renuncia deberá hacerse mediante comparecencia al efecto en el Registro de Fundaciones de Canarias o bien en documento público o en documento privado con firma legitimada por notario, que se hará efectiva desde que se notifique formalmente al Protectorado de Fundaciones Canarias.

⁶⁶ La inclusión de esta regla ha merecido el juicio negativo de DÍAZ BRITO, ob. cit., p. 3932, que la considera excesiva y peligrosa por los abusos a los que puede prestarse. A su juicio hubiera sido más apropiado exigir la aprobación del Protectorado para la efectividad del acuerdo del patronato.

tatutos, designando entre tanto el Protectorado al sustituto de forma provisional (art. 21.1 de la Ley 2/1998).

Tanto la sustitución, como el cese y la suspensión de los patronos deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones de Canarias (art. 21.4 de la Ley 2/1998).

B) *La gerencia*

El artículo 22 de la Ley 2/1998 reconoce, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, la posibilidad de que se encomiende «*el ejercicio de la gerencia o gestión, o la realización de otras actividades en nombre de la fundación, a personas físicas o jurídicas con acreditada solvencia técnica al respecto, con la remuneración adecuada a las funciones desempeñadas*»⁶⁷. Con este precepto se tipifica una situación frecuente en la práctica.

La legislación estatal es más imprecisa. El artículo 16.2 de la Ley 50/2002 permite que los estatutos de la fundación prevean la existencia de otros órganos —aparte del patronato, se entiende— para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden. Aunque se trata de una regla incluida en un precepto que lleva por rúbrica «Delegación y apoderamiento», es evidente que no estamos ni ante un supuesto de delegación de funciones por parte del patronato, ni ante un caso de apoderamiento a terceras personas. La norma se refiere, de forma clara y expresa, a la existencia de «*otros órganos*» para el desempeño de las funciones que se les encomienden. Al margen de que el gestor o gerente tenga o no la consideración de órgano de la fundación, lo cierto es que la previsión contenida en el artículo 16.2 de la Ley estatal abre la puerta a la posibilidad de que en la fundación existan otros órganos además del patronato, a los que se les encomienden determinadas funciones, entre las cuales podrían encontrarse, indudablemente, las de gerencia, gestión e incluso asesoramiento⁶⁸.

La referencia a esta figura del gerente o gestor se completa con el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 2/1998, que dispone que «*su nombramiento, cese, condiciones contractuales y remuneración anual pactada por todos los conceptos, deberá notificarse al Protectorado de Fundaciones de Canarias*», para concluir que su remuneración tendrá la consideración de gastos generales.

⁶⁷ Se muestra favorable a la «institucionalización» de la figura del gerente o gestor DÍAZ BRITO, ob. cit., pp. 3932-3933.

⁶⁸ Esta parece la opinión de J. M. EMBID IRUJO, «Gobierno de la Fundación (Artículos 14 a 18)», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, ob. cit., pp. 235, pp. 239-240, especialmente respecto de las fundaciones de grandes dimensiones y de las que ejercen actividades empresariales.

6. *Actividad*

El artículo 24 de la Ley 2/1998, que encabeza el Capítulo III de la misma —dedicado a la actividad fundacional—, es especialmente parco. Se limita a señalar que las fundaciones están obligadas a dar publicidad suficiente a sus objetivos y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios. No se mencionan ni la obligación de destinar el patrimonio fundacional y sus rentas a los fines fundacionales, ni la de actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación de sus beneficiarios, contempladas en el artículo 23 de la Ley 50/2002. Aun así, lo cierto es que, de la lectura del resto de preceptos incluidos en el mencionado Capítulo III de la Ley territorial, sí se desprende la necesidad de destinar las rentas e ingresos obtenidos anualmente a la realización del fin fundacional y a incrementar la dotación (en especial, art. 28.1 de la Ley 2/1998).

El artículo 27.1 de la Ley 2/1998 autoriza expresamente a la fundación a realizar por sí misma actividades empresariales —de actividades económicas habla el art. 24 de la Ley 50/2002⁶⁹—, siempre y cuando estén directamente relacionadas con el fin fundacional o sean estrictamente necesarias para el sostenimiento de la actividad fundacional⁷⁰. El párrafo segundo de ese precepto impone al patronato la obligación de comunicar al Protectorado el inicio de las actividades empresariales en un plazo no superior a veinte días.

A su vez, de conformidad con el artículo 27.2 de la Ley 2/1998, la fundación no podrá participar en sociedades mercantiles en las que los socios deban responder de las deudas sociales con su propio patrimonio. En cambio, el párrafo segundo del artículo 27.2 recién citado autoriza la participación de la fundación en sociedades no personalistas, para luego distinguir el supuesto en el que la participación es mayoritaria, en cuyo caso se requiere la autorización previa del Protectorado, y aquel en que no lo es, bastando entonces la comunicación al órgano de control. Por su parte, el artículo 24.2 de la Ley 50/2002 establece un régimen menos severo, al limitarse a imponer la obligación de dar cuenta al Protectorado del supuesto en que la fundación alcanzara una participación mayoritaria en una sociedad no personalista.

⁶⁹ Sobre los diversos modos de vincular fundación y actividad empresarial resulta de interés J. M. EMBID IRUJO, «Funcionamiento y actividad de la fundación (Artículos 23 a 27)», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, ob. cit., pp. 399 y ss.

⁷⁰ Como ya se ha apuntado *supra*, se ha considerado que esta posibilidad no es contradictoria con la consideración de la fundación como persona jurídica que representa la personificación de un fin de interés general, sin ánimo de lucro.

El patronato está obligado a elaborar anualmente un inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, así como la memoria de las actividades fundacionales en la que resulte el grado de cumplimiento de los fines fundacionales y la gestión económica; en la memoria se especificarán, además, las variaciones patrimoniales y los cambios experimentados en los órganos de gobierno (art. 25.1 de la Ley 2/1998). Asimismo, tendrá que practicar la liquidación del presupuesto de ingresos y gastos del año anterior (art. 25.2). A tenor del artículo 25.3 de la Ley 2/1998, las fundaciones en las que concurran, durante dos años consecutivos, al menos dos de las siguientes circunstancias: un patrimonio superior a cuatrocientos millones de pesetas, un volumen anual de ingresos superior a cuatrocientos millones de pesetas o un número de trabajadores superior a cincuenta, someterán sus cuentas a una auditoría externa. Idéntica previsión se aplicará a las cuentas que, a juicio del patronato o del Protectorado, presenten especiales circunstancias que lo aconsejen, siempre con relación a la cuantía del patrimonio o el volumen de gestión. Los documentos aludidos (inventario, balance, cuentas, memoria, liquidación del presupuesto del año anterior) tendrán que ser presentados al Protectorado dentro de los primeros seis meses del ejercicio siguiente. Los informes de auditoría se presentarán en el plazo de tres meses desde su emisión. Una vez comprobada la adecuación de tales documentos a la normativa vigente, el Protectorado los depositará en el Registro de Fundaciones de Canarias (art. 25.4 de la Ley 2/1998). Además, el patronato tiene el deber de presentar al Protectorado, en los últimos tres meses del ejercicio, el presupuesto del año siguiente, así como una memoria explicativa (art. 25.2). Con el fin de dar cumplimiento a la obligación de publicidad contenida en el artículo 24 de la Ley 2/1998 se recoge, en el apartado 7 del artículo 25, la obligación de publicar en el Boletín Oficial de Canarias un extracto de la memoria anual de actividades que contenga el resumen del inventario-balance y de las actividades.

La fundación deberá destinar al menos el 70% de sus rentas e ingresos netos anuales (excluyendo de estos conceptos las cantidades aportadas en concepto de dotación fundacional) a la realización del fin fundacional ⁷¹. Las rentas e ingresos restantes, una vez deducidos los gastos de administración —que

⁷¹ Ese mínimo del 70% resulta imperativo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo contencioso-administrativo de Santa Cruz de Tenerife), de 28 de octubre de 2002 (JUR 2003/30020), confirma la denegación de la inscripción en el Registro de Fundaciones de Canarias de una modificación en los estatutos de una fundación porque en el artículo 4 de sus Estatutos no se recogía la proporción del artículo 28 de la Ley 2/1998, sino que se señalaba, simplemente, que «*La Fundación para atender sus necesidades recibirá del Fundador una parte de los beneficios que se generen por la explotación del complejo de las Pirámides, cubriendo de esta forma la cantidad requerida de acuerdo al desarrollo del objeto social*».

son, según el art. 28.3 de la Ley 2/1998, aquellos directamente ocasionados a los miembros del patronato por la administración de los bienes y derechos de la fundación— se destinarán a incrementar la dotación fundacional (art. 28.1 de la Ley 2/1998) ⁷². Este régimen es coherente con la definición de fundación contemplada en el artículo 1 de la ley y supone que queda totalmente excluida la posibilidad de repartir beneficios entre los patronos, o de asignarlos al fundador. El plazo para hacer efectivo el destino de tales rentas e ingresos en la proporción legalmente determinada es de tres años, contados a partir del momento de su obtención (art. 28.2), mientras que la Ley 50/2002 lo amplía a cuatro años (art. 27.1).

7. Modificación, fusión, federación y extinción

A) Modificación

Siempre que resulte de interés de la fundación y no exista prohibición del fundador —en cuyo caso es precisa la autorización previa del Protectorado—, el patronato puede acordar la modificación de los estatutos, según dispone el artículo 29.1 de la Ley 2/1998 ⁷³. El número 2 del mismo artículo de la Ley autonómica no sólo permite, sino que obliga a acordar la modificación «*cuan- do la inadecuación de los estatutos impida actuar satisfactoriamente a la fundación*», a no ser que el fundador hubiera previsto la extinción para estos casos. Se pronuncia de forma prácticamente idéntica el artículo 29.1 de la Ley 50/2002, que, sin embargo, no salva la prohibición del fundador.

En caso de inactividad, el régimen es diferente. Si el patronato no procediera a la modificación estatutaria, el Protectorado podrá acordar, de oficio o a instancia de quien tenga interés legítimo, la modificación que proceda; y, en su caso, ejercerá la acción de responsabilidad contra los patronos inactivos (art. 29.3 de la Ley 2/1998). En cambio, en la legislación estatal, la solución es otra. Se prevé un requerimiento por parte del órgano de control al patronato para que efectúe la modificación; si el órgano de gobierno persiste en su actitud pasiva, el Protectorado está legitimado para solicitar al juez que resuelva sobre la procedencia de la modificación requerida (art. 29.2 de la Ley 50/2002).

⁷² La Ley 50/2002 permite que este 30% restante se dedique a incrementar la dotación o las reservas, según acuerdo del patronato (art. 27.1).

⁷³ La posibilidad de modificar los estatutos de la fundación se concibe en la Ley 2/1998 en términos mucho más amplios que en la Ley 1/1990. Ésta prohibía la modificación del fin fundacional en su artículo 19.1.a), medida que, según parece, llevó a la paralización de la actividad de muchas fundaciones (así lo afirma DÍAZ BRITO, ob. cit., p. 3936).

El acuerdo de modificación habrá de ser motivado y tendrá que formalizarse en escritura pública. Se exige, además, que se apruebe por el Protectorado, que se inscriba en el Registro de Fundaciones (art. 29.4 de la Ley 2/1998), y que respete, en la medida de lo posible, la voluntad del fundador (art. 29.5). La Ley estatal exige únicamente la comunicación de la modificación estatutaria al Protectorado, que sólo podrá oponerse por razones de legalidad —lo que excluye toda discrecionalidad⁷⁴— y mediante acuerdo motivado, en el plazo de tres meses desde la notificación (art. 29.4 de la Ley 50/2002)⁷⁵. Se ha entendido que, en caso de oposición por el órgano de control, el acuerdo de modificación quedará sin efecto, pudiendo el patronato acudir a los tribunales⁷⁶.

B) *Fusión y federación*

La fusión de fundaciones está prevista en la Ley 2/1998, de igual modo que en la 50/2002. Lo que representa una particularidad de la Ley territorial es la posibilidad de federación de fundaciones, expresamente admitida en el artículo 30.1 de la Ley 2/1998⁷⁷.

Tanto la fusión como la federación de fundaciones se admiten «*siempre que el interés de las mismas así lo aconseje*» (art. 30.1 de la Ley 2/1998), a menos que exista prohibición del fundador (art. 30.1 de la Ley 50/2002, que es legislación civil de directa aplicación). A su vez, la fusión de fundaciones puede ser de dos tipos: bien voluntaria —por acuerdo de los patronatos de las fundaciones interesadas— bien a iniciativa del Protectorado —en cuyo caso precisa resolución judicial—. En cambio, la federación sólo se prevé para los supuestos de acuerdo de los patronatos respectivos.

La fusión y la federación voluntarias requieren acuerdo motivado de los patronatos de las fundaciones interesadas, así como la aprobación del Protecto-

⁷⁴ O al menos debería excluirla; manifiesta sus dudas al respecto CAFFARENA, «La modificación de los estatutos de la fundación», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, ob. cit., p. 424, nota 29.

⁷⁵ DE PABLO CONTRERAS, ob. cit., p. 615, entiende que el silencio del Protectorado durante los tres meses de plazo debe interpretarse como asentimiento a la modificación propuesta.

⁷⁶ CAFFARENA, «La modificación de los estatutos de la fundación», cit., p. 424; DE PABLO CONTRERAS, ob. cit., p. 615.

⁷⁷ Se muestra muy crítico con la regulación de la federación de fundaciones —a la que considera un supuesto de asociación de fundaciones— DÍAZ BRITO, ob. cit., pp. 3938-3940, al entender que el legislador autonómico impone una serie de cortapisas y limitaciones a la federación de fundaciones que no aparecen previstas en la normativa sobre asociaciones, señaladamente la aprobación del Protectorado y la formalización en escritura pública. A su juicio, y en todo caso, la Ley 2/1998 debió de limitarse a proclamar que las fundaciones sometidas a la misma pueden federarse.

rado (art. 30.2 de la Ley 2/1998). Además, ambos fenómenos precisan su formalización en escritura pública y su inscripción en el Registro de Fundaciones (art. 30.3 de la Ley 2/1998 y art. 30.3 de la Ley 50/2002). Frente a este régimen, la Ley 50/2002 se limita a exigir únicamente la comunicación al Protectorado, que sólo podrá oponerse a la fusión por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado en el plazo de tres meses desde la notificación de los acuerdos de las fundaciones interesadas ⁷⁸ (art. 29.2 de la Ley 50/2002).

El apartado 4 del artículo 30 de la Ley 2/1998 regula el supuesto de fusión de fundaciones a instancias del Protectorado. Cabe recurrir a este expediente cuando las fundaciones que se pretende fusionar, que deben perseguir fines análogos, no puedan cumplir por sí mismas los fines fundacionales y exista oposición a la fusión por parte de los patronatos respectivos; se exige, en todo caso, que no lo hubiera prohibido el fundador. El artículo 30.4 de la Ley 50/2002, que parece referirse a los supuestos de fusión por absorción, establece un requisito que no aparece previsto en la Ley autonómica: prevé que la fundación a la que se pretende fusionar aquella incapaz de alcanzar sus fines debe haber manifestado ante el Protectorado su voluntad favorable a la fusión. Aunque la norma autonómica no recoge expresamente el caso de fusión por absorción, no debería haber obstáculos para admitirlo puesto que, al no dar lugar a la extinción de todas las fundaciones afectadas, su alcance es menor que el supuesto de fusión regulado por la Ley territorial. En todo caso, y dado que en la hipótesis de fusión de fundaciones a instancias del Protectorado se produce la extinción de las fundaciones afectadas —al menos, de una de ellas— en contra de la voluntad de su órgano de gobierno, es preciso que la fusión sea acordada en resolución judicial, como resulta de la remisión que el artículo 34.2 de la Constitución hace a su artículo 22.4.

C) *Extinción*

Las fundaciones se extinguen por las causas reseñadas en los artículos 31 y 32 de la Ley 2/1998 (que presentan ligeras diferencias con los arts. 31 y 32 de la Ley 50/2002):

- a) De pleno derecho, cuando expire el plazo por el que fue constituida.

⁷⁸ En este punto DE PABLO CONTRERAS, ob. cit., p. 619, sostiene, como hacía en relación con la modificación estatutaria, que el silencio del Protectorado debe entenderse como consentimiento a la fusión, añadiendo que, en caso de oposición a la misma, los patronos podrán someter la cuestión a la decisión judicial. También J. CAFFARENA LAPORTA, «La fusión de las fundaciones», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, ob. cit., p. 446.

b) Previo acuerdo del patronato, aprobado por el Protectorado, cuando se hubiera realizado íntegramente el fin fundacional; cuando sea imposible la realización del mismo, salvo que pudiera continuar en su actividad procediendo a la modificación de sus estatutos o a fusionarse con otras fundaciones, y cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos.

c) A falta de acuerdo del patronato, o cuando el Protectorado mostrase su disconformidad con la aprobación de la extinción, será precisa una resolución judicial motivada que la establezca, que podrá ser instada por el Protectorado o el patronato, en función del caso.

d) En virtud de acuerdo motivado del patronato, aprobado por el Protectorado, o por resolución judicial que la decreta, cuando resulte procedente, en los casos de fusión, regulados en el artículo 30.

El artículo 32.3 de la Ley 2/1998 requiere que el acuerdo de extinción se formalice en escritura pública y se inscriba en el Registro de Fundaciones, inscripción que también se exige respecto de la resolución judicial que declare la extinción.

La Ley 2/1998 señala, como último motivo de extinción de las fundaciones, «*cualquier otra causa establecida en las leyes*» [art. 31.f)] pero, a diferencia de lo que sucede con respecto a las causas anteriores, en este punto guarda silencio sobre la vía a seguir para acordar la extinción. Por su parte, el artículo 32.3 de la Ley 50/2002 requiere, para estos supuestos, resolución judicial motivada. Una posible solución a este caso consistiría en la remisión al procedimiento previsto en la ley que acuerde la extinción⁷⁹; si en ella no se contuviera ninguna disposición al respecto, podría sostenerse la suficiencia del acuerdo de extinción del patronato, aprobado por el Protectorado, y la necesidad de resolución judicial en los casos de desacuerdo entre el órgano de gobierno y el órgano de control de la fundación⁸⁰.

La extinción de la fundación provoca —salvo que hubiera tenido lugar como consecuencia de la fusión de fundaciones— la apertura del procedimiento de liquidación, que se llevará a cabo por el patronato bajo la supervisión del Protectorado (art. 33.1 de la Ley 2/1998)⁸¹. La norma no describe el

⁷⁹ Es el caso, por ejemplo, del artículo 129.b) del Código Penal, que afirma que el juez puede imponer la disolución de una fundación.

⁸⁰ En este mismo sentido, J. CAFFARENA LAPORTA, «La extinción de la fundación», en *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y Mecenazgo*, ob. cit., p. 478.

⁸¹ Entienden los autores que con la apertura de la liquidación la fundación entra en una fase intermedia, previa a su extinción, conservando su personalidad jurídica, que queda cir-

procedimiento liquidatorio —que el art. 33.4 de la Ley 50/2002 remite, en cambio, al desarrollo reglamentario—, limitándose a establecer el destino de los bienes resultantes de la liquidación.

De acuerdo con el artículo 33.2 de la Ley 2/1998 —de redacción idéntica al art. 33.2 de la Ley 50/2002—, los bienes resultantes de la liquidación se destinarán, en primer lugar, a las fundaciones o entidades no lucrativas privadas —por ejemplo, asociaciones— designadas por el fundador en el negocio fundacional o en los estatutos de la fundación extinguida, que persigan fines de interés general y tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de disolución, a la consecución de aquéllos. Si tales fundaciones o entidades no estuvieran designadas en el negocio fundacional o en los estatutos de la fundación, cabe la posibilidad de que el fundador haya encomendado al patronato la facultad de decidir el destino de los bienes a favor de entidades del mismo tipo; en el caso de que no se hubiera atribuido al órgano de gobierno tal posibilidad, «*corresponderá al Protectorado de Fundaciones de Canarias cumplir ese cometido*»⁸². Por último, en el apartado 3 del mismo artículo 33 se reconoce la posibilidad de que bien en el negocio fundacional, bien en los estatutos de la persona jurídica, se disponga que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general (sin que en estos supuestos, por tanto, se atribuya ninguna facultad decisoria ni al patronato ni al Protectorado).

III. Control y tutela administrativa de las fundaciones

1. Protectorado

Como queda dicho, uno de los elementos esencial y definidor de las fundaciones es servir un fin de interés general. De este elemento deriva la exigencia de la intervención pública dirigida a garantizar su cumplimiento; en concreto, a asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que les son propios. A estos efectos, resulta imprescindible que el legislador dote a la Administración Pública de instrumentos adecuados para que pueda cumplir esa tarea fundamental (SSTC 164/1990, FJ 3.º, y 341/2005, FJ 4.º).

cunscrita a las operaciones liquidatorias; así, por ejemplo, CAFFARENA, «La extinción de la fundación», cit., pp. 479-480.

⁸² Aunque se refiere al artículo 33.2 de la Ley 50/2002 (idéntico, como se ha dicho, al 33.2 de la Ley autonómica), CAFFARENA, «La extinción de la fundación», cit., pp. 484-485, ha criticado que la Ley no imponga ni al patronato ni al Protectorado la obligación de destinar los bienes a entidades que persigan fines análogos a la fundación que se ha extinguido.

Uno de esos instrumentos es organizativo: el Protectorado. Se trata de una institución que merece la consideración de condición básica del derecho de fundación (art. 34.1 en relación con la disposición adicional 1.^ª1 de la Ley 50/2002). En concreto, tal y como recoge la legislación autonómica, el Protectorado es el órgano administrativo que tiene la tarea de velar por el recto ejercicio del derecho de fundación y de asegurar la legalidad de su constitución y funcionamiento (art. 34 de la Ley 2/1998 que coincide con el art. 34.1 de la Ley 50/2002). La única diferencia es que la legislación canaria añade la función de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones (art. 34); algo que, de modo más difuso, se reconoce en la norma estatal (art. 35.1) ⁸³.

En Canarias, el Protectorado de Fundaciones corresponde a la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad de la Administración Pública autonómica (art. 35.1 de la Ley 2/1998 en relación con el art. 109 del Decreto 22/2008, de 19 de febrero, que aprueba el reglamento orgánico de ese Departamento).

La organización de este órgano se encuentra regulada en el Decreto 188/1990, si bien con los cambios orgánicos introducidos por el mencionado Decreto 22/2008. En concreto, el Protectorado se organiza en tres niveles: el Pleno, con funciones generales y máxima responsabilidad (art. 6), la Comisión Ejecutiva, con funciones gestoras (art. 7) y el Consejo Asesor, con función consultiva, integrada por representantes de las fundaciones (art. 11). En cuanto a su funcionamiento y toma de acuerdos, mientras no se proceda al desarrollo de la Ley 2/1998, también resulta de aplicación el Decreto 188/1990 (fundamentalmente, arts. 13 a 42). En todo caso, la Ley sí que establece el plazo de tres meses como ordinario para resolver las autorizaciones que deba emitir, así como el efecto estimatorio en el caso de que ese término transcurra sin resolver (art. 37 de la Ley 2/1998) ⁸⁴.

⁸³ La derogada Ley 1/1990, de Fundaciones, dedicaba los artículos 23 y 24 al Protectorado, con delimitación de su concepto y funciones principales. La disposición adicional primera de la misma ya asignaba el Protectorado y el Registro de Fundaciones a la Consejería de Presidencia del Gobierno de Canarias.

⁸⁴ Los preceptos de la Ley 2/1998 que imponen la obligación de resolver, en su caso con silencio positivo, en particular aquellos como el citado que aluden a la facultad de suspender el plazo por resolución motivada del Protectorado, deben ser interpretados a la luz de la normativa sobre procedimiento administrativo común, sin que sea admisible un régimen distinto (arts. 42 a 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). En este sentido, sobre un conflicto de esta índole, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala de lo contencioso-administrativo de Santa Cruz de Tenerife), de 2 de junio de 2005 (JUR 2006/103269).

Las funciones generales del Protectorado se relacionan en el artículo 35 de la Ley 2/1998. De ellas la más relevante es informar con carácter preceptivo y vinculante («*informe favorable*» dice la Ley) sobre la idoneidad y licitud de los fines perseguidos por la fundación, así como sobre la suficiencia de la dotación (art. 35 en relación con el art. 40.2 de la Ley 2/1998). No obstante, las tareas que le corresponden son muchas más. En concreto, la Ley canaria dispone la intervención de este órgano en los siguientes supuestos: impulsar la inscripción registral de las fundaciones (art. 5.3 y 4), conocer los actos de enajenación, gravamen y transacciones sobre los bienes de la fundación (art. 13), autorizar la aceptación o rechazo de legados y herencias (art. 14), autorizar delegaciones de facultades (art. 20.2), conocer el nombramiento, renuncia y, en su caso, sustituir a los patronos (arts. 21 y 22), ejercer la acción de responsabilidad (art. 23.3), exigir la práctica de auditorías externas y conocer sus resultados (art. 25.3 y 4), recibir la comunicación de inicio de actividades e intervención en sociedades (art. 27), autorizar la modificación de los estatutos (art. 29), aprobar la fusión y de federación de fundaciones (art. 30), acordar en determinados supuestos la extinción y, en todo caso, supervisar el proceso de liquidación de la fundación (arts. 32 y 33), asumir la gestión provisional de la fundación en los supuestos legalmente establecidos (art. 36) y conceder prórroga del plazo para la adaptación de estatutos a las fundaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la norma (disposición transitoria 2.ª de la misma Ley).

Una tarea particular del Protectorado es la gestión del Registro de Fundaciones de Canarias (art. 40 de la Ley 2/1998 en relación con el art. 4 del Decreto 188/1990). El contenido de esta función se explica en el siguiente epígrafe.

Los actos del Protectorado, cuando pongan fin a la vía administrativa⁸⁵, son impugnables ante los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo (art. 38 de la Ley 2/1998 de acuerdo con lo ordenado por el art. 43 de la Ley 50/2002, que es norma de aplicación general *ex* art. 149.1.6.ª CE).

⁸⁵ Los actos del Pleno del Protectorado ponen fin a la vía administrativa (art. 5.2 del Decreto 188/1990). Los actos que procedan de la Comisión ejecutiva son recurribles en alzada ante el Pleno (art. 5.3 del Decreto 188/1990). La competencia para establecer esos efectos es autonómica. La determinación de los actos que ponen fin a la vía administrativa no es legislación procesal (art. 109 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el art. 8 del Decreto autonómico 164/1994, de 29 de julio).

2. *Registro de Fundaciones*

El otro instrumento fundamental puesto al servicio de la Administración para llevar cabo la función de control y tutela de los fines de interés general que se le encomienda es el Registro de Fundaciones de Canarias (art. 40 de la Ley 2/1998).

Se trata de un registro público, en el que deben inscribirse las fundaciones canarias y cuantos otros actos inscribibles señala la Ley (art. 40.1 de la Ley). Es un registro administrativo, no uno privado. La Constitución no impone esta clase de registro, como no impide que se hubiera diseñado uno equivalente al Registro Civil o al Registro Mercantil. Sin embargo, lo cierto es que esta función registral se encomendó a un registro administrativo, con las ventajas y las limitaciones de esta clase de medios registrales (cfr. art. 37 de la Ley 50/2002). En este sentido, el registro que se comenta es parecido al Registro de Asociaciones, si bien, mientras este último tiene carácter declarativo (art. 22.3 CE), el de fundaciones tiene carácter constitutivo en tanto confiere la personalidad jurídica (arts. 4 de la Ley 50/2002 y 9.1 de la Ley 2/1998).

En cuanto a los actos inscribibles, el primero y principal es la conocida como carta fundacional determinante de la personalidad de la fundación (art. 40.2 en relación con el 9 de la Ley 2/1998). A ellos se suman los siguientes actos: los bienes que forman el patrimonio de la fundación (art. 12.2), la aceptación de los patronos (art. 19.3), las delegaciones y apoderamientos generales (art. 20.3), la sustitución, cese y suspensión de un patrono (art. 21.4), los informes de auditoría (art. 25.4), los acuerdos de modificación de estatutos (art. 29.4), la fusión y federación de fundaciones (art. 30.3) y, en su caso, el acuerdo de extinción de la fundación (art. 32.3).

La Ley remite al desarrollo reglamentario la estructura y funcionamiento del Registro de Fundaciones de Canarias (art. 40.4). En defecto de esa normativa, siguen siendo aplicables los artículos 43 a 48 del Decreto 188/1990 y la Orden de 9 de abril de 1986 del registro de fundaciones privadas de Canarias.

Desde otra perspectiva, el Registro de Fundaciones es un mecanismo que asegura la publicidad y la transparencia de las fundaciones y de su actividad, en tanto que personas jurídicas que, de una u otra manera, operan en el mercado. Esta misión se completa con la previsión expresa de publicidad en el Boletín Oficial de Canarias de un extracto de la memoria anual de actividad que contenga el resumen del inventario-balance y de las actividades (art. 25.7 de la Ley 2/1998).

3. *Consejo Asesor del Protectorado de Fundaciones Canarias*

Como quedó apuntado, el Consejo Asesor es un órgano colegiado que forma parte del Protectorado de Fundaciones Canarias, que tiene una composición social y carácter consultivo (art. 39 de la Ley 2/1998).

Se trata de un órgano integrado exclusivamente por un mínimo de cinco representantes de las fundaciones inscritas en el Registro de Fundaciones de Canarias, designados de forma rotatoria por éstas, debiéndose renovar por completo cada dos años. Se trata, por tanto, de un órgano colegiado formado por representantes de organizaciones sociales (art. 22.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). A falta de otras previsiones, el funcionamiento de este órgano se rige por la legislación de procedimiento administrativo común.

La Ley 1/1990, derogada, nada decía sobre este órgano. Su aparición se produjo en el artículo 11 del Decreto 188/1990, como pieza orgánica del Protectorado. Siendo así, parece claro que la Ley 2/1998 pretendió asignarle un papel más relevante, elevando de rango su regulación. Así se apunta en el preámbulo de la Ley. Sin embargo, pese al diseño legal, se trata de un órgano de escasa trascendencia en el entramado institucional de las fundaciones canarias.

IV. En particular, las fundaciones públicas

1. *Concepto y razón de ser*

Como se avanzó, la Ley 11/2006, de Hacienda Pública de Canarias, añadió un nuevo Capítulo V a la Ley 2/1998 dedicado a regular las fundaciones públicas canarias. La razón de ser de esta regulación era establecer el marco normativo en el que deben desenvolverse las fundaciones promovidas por la Administración Pública Autonómica y sus organismos dependientes (art. 41 de la Ley 2/1998)⁸⁶.

Como es sabido, el reconocimiento expreso de la capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones privadas (art. 6.4 de la Ley

⁸⁶ Antes de esta regulación legal, las fundaciones públicas habían sido objeto de algunas referencias normativas. Así la Circular 7/2002, de 26 de diciembre, de la Intervención General, dando instrucciones sobre la información a remitir anualmente por las fundaciones de competencia o titularidad pública de la Comunidad Autónoma de Canarias (no publicada). Luego sustituida por la Orden de 25 de abril de 2005, por la que se regula la rendición de cuentas por las fundaciones canarias de titularidad pública, que se integran en el sector público de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC 90, de 10 de mayo de 2005).

30/1994, reiterado por el art. 8.4 de la Ley 50/2002, que recoge el art. 4.3 de la Ley 2/1998) dio lugar a la creación de fundaciones por las Administraciones públicas como medio para el cumplimiento de sus competencias y, en particular, para la prestación de servicios. De inmediato, la utilización de esta institución jurídica puso de manifiesto algunas tensiones entre el régimen jurídico general de las fundaciones y la condición y finalidad pública que subyacía en las creadas por las Administraciones. El intento de utilizar las fundaciones para la gestión de servicios hospitalarios ejemplifica muy bien cuáles eran esas contradicciones⁸⁷. El establecimiento de un régimen jurídico particular para las fundaciones promovidas y dominadas por las Administraciones públicas ha sido la respuesta común para superar esas tensiones.

La reforma introducida en la Ley 2/1998 responde a esa misma causa. Una vez delimitado el sector público autonómico, incluyendo entre las entidades instrumentales las fundaciones públicas [art. 2.f) de la Ley 11/2006], el legislador establece las reglas propias de esta clase de fundaciones, con remisión en lo no previsto al régimen común (art. 43.5 de la Ley 2/1998)⁸⁸.

⁸⁷ En 1996, el Consejo de Ministros autorizó al INSALUD a constituir las fundaciones de los Hospitales de Alcorcón y Manacor para la gestión de estos establecimientos sanitarios (el acuerdo fue publicado en el BOE núm. 32, de 6 de febrero de 1997). Ese mismo acuerdo incorporó también la aprobación de los correspondientes Estatutos fundacionales. La lectura de los mismos puso de manifiesto varias contradicciones: a) se trataba de fundaciones sin dotación porque ni podían incorporar bienes de dominio público, ni tampoco desmembrar el patrimonio único de la Seguridad Social; b) el Protectorado lo asumió el Ministerio de Sanidad —no el de Justicia—; c) los fines fundacionales quedaron subordinados a los criterios de planificación y coordinación, así como a las directrices que dicten las autoridades sanitarias —sin necesidad de modificación estatutaria en caso de contradicción—, y d) en cuanto a su régimen presupuestario, contable y de control financiero, se aplican las normas públicas. Las contradicciones con la legislación común de fundaciones resultaban patentes; también, en parte, la justificación de estas reglas especiales en la misión de servicio público asignada a estas dos fundaciones hospitalarias. Estas tensiones normativas están en la base de la regulación posterior de las «Fundaciones Públicas Sanitarias», que son organismos públicos *ad hoc* (art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre), y luego de las «Fundaciones del sector público estatal», que son fundaciones privadas pero en mano pública (art. 44 de la Ley 50/2002). Una explicación más amplia de las contradicciones expuestas en: F. J. VILLAR ROJAS, «La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud: ¿hacia la desregulación de la sanidad pública?», *Revista Derecho y Salud*, n.º 6/2, 1998, en concreto, pp. 79-82. También, más tarde, M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública*, Marcial Pons, Madrid, 1999, 178 pp.

⁸⁸ Este régimen normativo («Fundaciones Públicas») sólo resulta de aplicación a las fundaciones promovidas por la Administración Pública autonómica y otros entes del sector público autonómico. En el caso de las fundaciones promovidas por las entidades públicas locales canarias quedan sujetas al régimen general aplicable a las fundaciones privadas (Ley 2/1998), sin especialidades. En todo caso, nada impide que la Comunidad Autónoma en ejercicio de su competencia sobre fundaciones (art. 30.7 del Estatuto), así como desarrollo legislativo en materia

2. Régimen jurídico

Las normas reguladoras de las fundaciones públicas se recogen en los artículos 41 a 43 de la Ley 2/1998, dedicados a su concepto, creación y régimen jurídico.

En cuanto al concepto (art. 41), las fundaciones públicas son aquellas en las que concurra una de las situaciones siguientes:

a) Que en la dotación participe, directa o indirectamente, la Administración autonómica, los organismos públicos o las demás entidades del sector público —debe entenderse que entidades públicas (según lo define el art. 2 de la Ley 11/2006).

b) Que el patrimonio fundacional esté formado en más de un 50% de bienes o derechos aportados, con carácter permanente, por las entidades públicas que forman el sector público autonómico.

En cuanto a su creación (art. 42), la regla general es que la constitución de una fundación pública, como su modificación, fusión, federación, extinción, así como la pérdida del carácter público, requieren de autorización previa del Gobierno de Canarias. En todo caso, la Ley dispone que es condición esencial para la constitución de una fundación pública que la mayoría de miembros del patronato representen a las instituciones o entidades que le confieren esa condición. Igual requerimiento se aplica para la adquisición del carácter público de una fundación preexistente.

La emisión de la citada autorización por el Gobierno requiere de un expediente en el que se recojan, cuando menos, los siguientes documentos (art. 42.3 y 4):

a) «Memoria justificativa» de las razones de creación de la fundación y de sus ventajas frente a otras modalidades e instrumentos de gestión.

b) Informe de la Consejería de Presidencia (competente en materia de Administración Pública) sobre la memoria justificativa.

c) «Memoria económica» en la que se acredite la suficiencia de la dotación inicial prevista y compromisos futuros de financiación, ambas elaboradas por la Consejería interesada.

d) Informe de la Consejería de Hacienda sobre la memoria económica.

de régimen local (art. 32.4 del Estatuto), pueda extender ese régimen a las fundaciones de iniciativa local.

Con base en esta documentación, el órgano promotor de la iniciativa formulará la petición de autorización. Una vez autorizada, si se trata de la creación de una nueva fundación, el acuerdo del Gobierno será comunicado al Parlamento de Canarias (Comisión de Hacienda, art. 41.1).

Como en el caso de la creación de otras entidades instrumentales, la decisión del Gobierno de autorizar o no es un acto administrativo discrecional que se adoptará en función de la ponderación que haga de los intereses públicos en juego.

En relación con su organización y funcionamiento (art. 43), las reglas aplicables son las siguientes:

1. Están sujetas a dos limitaciones básicas: a) no podrán ejercer potestades públicas y b) sólo podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades públicas fundadoras, sin que ello suponga asunción como competencias propias.

2. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas se rigen por la Ley 11/2006, de Hacienda Pública de Canarias; en concreto, por las normas aplicables a los entes del sector público con presupuesto estimativo (arts. 3.2, 29, 32, 65 y 66), por las normas correspondientes del Plan General de Contabilidad (arts. 114 y 116) y por las que ordenan la auditoría pública a cargo de la Intervención General de la Comunidad (art. 149).

3. La selección de personal debe realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria, sin perjuicio del carácter laboral del vínculo que se establezca.

4. La actividad contractual se sujeta a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en tanto que ente del sector público no Administración y, en su caso, poder adjudicador (art. 3 de la Ley de Contratos). En el caso de fundaciones públicas sin participación privada de ninguna clase, la condición de «medio propio y servicio técnico» de la Administración» y sus consecuencias jurídicas es aplicable a las mismas (art. 24.6 de la Ley de Contratos).

En defecto de lo anterior, esta clase de fundaciones se rige por la Ley 2/1998, lo que supone, entre otras consecuencias, que quedan sujetos al Protectorado que ejerce la Consejería de Presidencia, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias. De igual modo, su inscripción en el Registro de Fundaciones es preceptiva, si bien debe entenderse como acto reglado y formal, habida cuenta que la memoria económica preceptiva requiere la acreditación de la suficiencia de la dotación, y la autorización del Gobierno supone la ratificación de esa condición.

La regulación autonómica descrita resulta ser una copia, casi literal, de los artículos 44 a 46 de la Ley 50/2002, de Fundaciones. Quizás la única salvedad relevante sea la distinta denominación: «*fundaciones públicas*» frente a «*fundaciones del sector público estatal*». Y, cuando proceda, la obligación de comunicar al Parlamento la autorización para la creación de una nueva fundación. De resto, la equivalencia es patente. En fin, como en el caso de la normativa estatal, el régimen jurídico de estas fundaciones es análogo al que se aplica a las sociedades mercantiles públicas [cfr. art. 2.e) de la Ley 11/2006 en relación con los arts. 116 a 123 de la Ley 6/2006, de 17 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias].

V. Las especialidades de la normativa canaria frente a la estatal

1. La relación de la ley canaria con la ley estatal

Como se destacó, la Ley 2/1998, de Fundaciones, es previa a la Ley estatal 50/2002. Siendo así, es preciso preguntarse por la relación entre ambas, si cabe su integración o si, por el contrario, se produce una situación de colisión normativa que debe ser resuelta. En concreto, la colisión se produciría entre la ley canaria y los preceptos de la ley estatal dictados en ejercicio de competencias exclusivas del Estado (cfr. disposición final primera de la Ley 50/2002)⁸⁹.

El conflicto apuntado no es nuevo. Una Ley autonómica válida resulta afectada por una Ley estatal posterior que puede imponer medidas contrarias a las recogidas en la ley territorial. Se trata de una controversia sobre la que ya existe un pronunciamiento constitucional: la STC 1/2003. En consecuencia, por discutible que sea, es obligado abordar el asunto planteado conforme el criterio que se recoge en esa sentencia. En concreto, el razonamiento seguido tiene tres fases: a) delimitar si hay conflicto; b) en su caso, intentar una interpretación conforme de la norma autonómica, y c) en caso de colisión normativa, declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica que contradiga la Ley estatal posterior⁹⁰.

⁸⁹ Según queda expuesto a lo largo de este trabajo, los aspectos en los que se reconocen divergencias entre la Ley 2/1998 y la Ley 50/2002 son los siguientes: fines y beneficiarios (art. 10 Ley 2/1998 *versus* 2.2 y 3 Ley 50/2002), denominación de las fundaciones [art. 7.a) *versus* 5], requisitos mínimos de escritura y estatutos (arts. 6 y 7 *versus* 10 y 11), dotación (art. 6 *versus* 12.1), proceso de formación (art. 8 *versus* 13), responsabilidad de los patronos (arts. 15, 16 y 23 *versus* 17), aceptación de herencias (art. 14 *versus* 22), aplicación de rentas e ingresos (art. 28 *versus* 27), modificación de estatutos (art. 29 *versus* 29) y fusión de fundaciones (art. 30.2 *versus* 30.1).

⁹⁰ El Tribunal optó por calificar estos supuestos de colisión como inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley territorial. Con esta decisión rechazó tanto la fórmula del desplazamiento

La existencia de controversia admite poca discusión. La coincidencia en la materia regulada entre la Ley 2/1998 y la Ley 50/2002, así como los títulos prevalentes que esgrime el Estado es patente. La estructura de ambas normas es casi idéntica ⁹¹.

Ahora bien, de acuerdo con el segundo paso, la colisión puede ser aparente en la medida que sea posible una interpretación que permita engarzar las dos normas sin detrimento de la primacía de la legislación estatal de aplicación general. En este sentido, cuando la diferencia entre los preceptos consiste en que la legislación estatal añade más requisitos o condiciones, que las establecidas por la legislación autonómica, que nada dice sobre los mismos, es razonable considerar que aquélla se impone completando el régimen jurídico diseñado por el legislador canario, que habrá de exigir esos requisitos y cargas.

Así, por ejemplo, los supuestos de prohibición de la condición de beneficiario de la normativa estatal (arts. 2.2 y 3 de la Ley 50/2002), que no menciona la Ley canaria (art. 10 de la Ley 2/1998). También, la presunción de suficiencia de la dotación con la aportación de 30.000 euros (art. 12.5 de la Ley 50/2002) frente a la indeterminación de igual concepto en la legislación autonómica (art. 11.1 de la Ley 2/1998). Una situación que se puede resolver en la medida que la norma estatal admite, como excepción, una cuantía inferior siempre que se justifique con el primer programa de actuación (12.1, segundo párrafo, Ley 50/2002). Igualmente, la obligación del Protectorado de cesar a los patronos y ejercer la acción de responsabilidad, transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública sin que hubieran instado la inscripción registral (art. 13.2 de la Ley 50/2002); un plazo desconocido en la

por aplicación de la cláusula de prevalencia de la legislación estatal (art. 149.3 CE), como la posibilidad de una derogación tácita. La solución nunca resultó pacífica (STC 1/2003, FFJJ 7 a 9 *versus* voto particular; por su parte, el Tribunal Supremo parece decantarse por el desplazamiento por prevalencia del derecho estatal, Sentencia, 3.^a, de 9 de diciembre de 2008, FJ 5, *versus* voto particular, Ref. Iustel: §287307). La vía elegida asegura el monopolio del Tribunal sobre la constitucionalidad de las leyes. Ahora bien, esta opción implica la vigencia transitoria de la norma autonómica, que se seguirá aplicando hasta su derogación o declaración de invalidez; asimismo, esta solución acarrea una limitación de las vías de impugnación —de ordinario, el plazo del recurso de inconstitucionalidad habrá transcurrido ya— y, finalmente, impone, en todo caso, un pronunciamiento prospectivo equivalente a una derogación. Un resumen de los argumentos esgrimidos en defensa de cada una de esas fórmulas en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 240-247.

⁹¹ La mayor parte de los desajustes y tensiones entre la legislación canaria y la estatal traen causa de que la Ley territorial 2/1998 se elaboró y aprobó estando vigente la Ley estatal 30/1994, disposición que fue derogada por la vigente Ley 50/2002, de Fundaciones, con la que tropieza.

Ley canaria (art. 8 de la Ley 2/1998). A los anteriores cabe añadir la prohibición de la fusión de la fundación cuando así lo disponga el fundador (art. 30.1 de la Ley 50/2002). Se trata de una limitación que no se recoge en la legislación territorial (art. 30 de la Ley 2/1998, aunque en el apartado 4 del mismo sí aparece como limitación a la iniciativa del protectorado).

En esos casos y otros análogos, el encaje de las dos leyes es poco conflictivo. El criterio apuntado permite considerar estos supuestos como colisión normativa aparente. No obstante, tampoco cabe desconocer la complicación que supone una labor de exégesis permanente de las dos normas.

Con todo, el criterio expuesto no sirve en todos los casos. Algunas previsiones normativas de la legislación canaria resultan contradictorias con la normativa estatal sin que la vía de la integración expuesta sirva para superarlas.

Es el caso del diferente régimen de responsabilidad cuando no se inste la inscripción registral en el plazo legal: responsabilidad del patrimonio fundacional y, de ser insuficiente, responsabilidad solidaria de los patronos, frente a la responsabilidad solidaria y directa de los patronos (art. 8 de la Ley 2/1998 *versus* art. 13.2 de la Ley 50/2002). La exigencia de autorización en lugar de mera comunicación en los casos de aceptación o repudio de herencias (art. 14 de la Ley 2/1998 frente al art. 22 de la Ley 50/2002). La necesidad de autorización judicial previa para la modificación de oficio de los estatutos fundacionales, cuando se opongan los patronos, frente a la mera audiencia previa sobre la modificación (art. 29 de la Ley 50/2002 frente al art. 29 de la Ley 2/1998). Lo mismo debe decirse de la exigencia de autorización en lugar de comunicación en los supuestos de fusión de fundaciones (art. 30.1 de la Ley 50/2002 frente al art. 30.2 de la Ley 2/1998). También encaja en la situación de colisión la legitimación que la ley canaria reconoce al fundador para ejercer la acción de responsabilidad, sea o no patrono [art. 23.3.c de la Ley 2/1998] frente a la legitimación que se reconoce sólo al fundador que no sea patrono, así como a los patronos disidentes y ausentes (art. 17.3 de la Ley 50/2002).

Pues bien, en cada de uno de esos supuestos, la colisión determina la inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley territorial. No cabe tener por no puestos los preceptos de la norma autonómica y, por tanto, aplicar la técnica del desplazamiento normativo. Por el contrario, la doctrina constitucional obliga a formular aquella declaración de invalidez radical. Con todo, la Ley seguirá siendo aplicable hasta que un pronunciamiento judicial así lo declare o bien hasta su derogación, con la incertidumbre que esto genera.

2. *Las especialidades de la normativa canaria*

Las especialidades o singularidades de la normativa canaria son las siguientes:

— La exigencia de domicilio social en las islas para tener la condición de fundación canaria, siempre que se considere presunción *iuris tantum* (art. 2.2).

— La posibilidad de dar a la escritura pública el carácter de carta fundacional (art. 6.2).

— La causa de cese de un patrono por falta de idoneidad mediante acuerdo por mayoría absoluta del Patronato [art. 21.2.i)].

— La previsión de una gerencia u órgano de gestión (art. 22).

— La posibilidad de federación de fundaciones (art. 30).

— Las funciones de asesoramiento, apoyo técnico e información encomendadas al Protectorado [arts. 34 y 35.a)].

No se consideran especialidades de la legislación canaria aquellas diferencias que requieren una labor de integración normativa o, incluso, que incurren en inconstitucionalidad sobrevenida, tal y como queda explicado en el anterior epígrafe. El ajuste de esas diferencias reduce notablemente las aportaciones o singularidades que incorpora la legislación canaria de fundaciones.

Las fundaciones en Castilla y León

José Luis Martínez López-Muñiz

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Valladolid

SUMARIO: I. COMPETENCIAS ESTATUTARIAS.—II. NORMATIVA PROPIA DE CASTILLA Y LEÓN: 1. *La Ley 13/2002, de 15 de julio, de fundaciones y otras medidas legislativas*. 2. *Regulación reglamentaria*. 3. *Justificación de una normativa autonómica*.—III. CARACTERES DE LAS FUNDACIONES «DE ÁMBITO REGIONAL» CASTELLANO-LEONÉS: 1. *Naturaleza*. 2. *Clases*. 3. *Ordenamiento aplicable*. 4. *Fines y beneficiarios*.—IV. REQUISITOS DE SU CONSTITUCIÓN: 1. *Capacidad para fundar y requisitos para su ejercicio*. 2. *Formas de constitución*. 3. *Dotación*. 4. *Otros requisitos sustantivos*. 5. *Requisitos formales de validez y eficacia*.—V. GOBIERNO: 1. *Patronato*: A) *Carácter, composición y organización*. B) *Estatuto personal de los patronos*. C) *Delegación de sus facultades y apoderamientos para su representación*. D) *Sustitución temporal por el Protectorado, particularmente en caso de «intervención»*. 2. *Órganos subordinados*.—VI. RÉGIMEN PATRIMONIAL: 1. *Tipos de bienes y derechos del patrimonio fundacional: deberes en cuanto a su inscripción en Registros públicos y destino de sus rentas y demás «ingresos»*. 2. *Enajenación y gravamen*. 3. *Aceptación y repudio de herencias, legados y donaciones*.—VII. RÉGIMEN FUNCIONAL: 1. *Principios*. 2. *Actividades mercantiles e industriales*. 3. *Régimen gestor*.—VIII. MODIFICACIÓN, FUSIÓN, SEGREGACIÓN Y EXTINCIÓN: 1. *Modificación*. 2. *Absorciones y fusiones*. 3. *Segregación*. 4. *Extinción y liquidación*.—IX. SUPERVISIÓN ADMINISTRATIVA: 1. *El Protectorado y su régimen*. 2. *Registro de Fundaciones*.

I. Competencias estatutarias

1. El Estatuto inicial de Castilla y León, aprobado por Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, igual que los de las demás Comunidades Autónomas de régimen común, no otorgaba a la nueva Comunidad Autónoma competencia alguna en materia de fundaciones, sin duda por entenderse que no podía encontrarse soporte suficiente para ello en el apartado 1 del artículo 148 de la Constitución. A semejanza asimismo de los demás Estatutos de ese tipo, contenía el de Castilla y León un artículo, el 29, en el que se expresaba el propósito de asumir en el futuro otras diversas competencias, entonces no obtenidas, bien por la vía de las delegaciones o transferencias del artículo 150.2 de la Constitución, bien simplemente por una adecuada ampliación de las competencias estatutarias, una vez transcurriesen los cinco años prescritos por el apartado 2 del citado artículo 148 del texto constitucional. Se trataba, como es sabido, de un listado de un buen número de materias —hasta 18,

y la que figuraba en primer término era precisamente la relativa a *fundaciones de interés para la Comunidad*. Nada se decía sobre el nivel funcional que alcanzarían las competencias que se asumirían en su día.

Convendrá advertir, con todo, que la Comunidad Autónoma recibió ya, casi desde el principio, competencias en materia de fundaciones *culturales*, al amparo de las competencias sobre cultura que sí se mencionaban entre las competencias *exclusivas* que le otorgaba el artículo 26 del Estatuto (materia 16), al amparo, sin duda, de la materia *fomento de la cultura*, que figuraba dentro de la 17.^a del artículo 148.1 de la Constitución. Así se desprende del Real Decreto 3019/1983, de 21 de septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de cultura, en cuyo Anexo I el acuerdo adoptado al respecto incluye en el apartado B).⁴ específicamente «las funciones ejercidas por el Ministerio de Cultura en materia de Fundaciones y Asociaciones culturales, siempre que éstas no rebasen en sus actividades básicas principales el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma».

2. Los Acuerdos autonómicos de 1992 entre el PSOE y el PP llevaron a la primera ampliación competencial generalizada a las Comunidades Autónomas de régimen común, incluida la de Castilla y León, que incluyó una competencia en materia de fundaciones. Primero se otorgó, bajo ciertos controles del Estado, mediante la transferencia descentralizadora instrumentada con Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, y, poco más de un año después, ya definitivamente, mediante la primera reforma importante del Estatuto de Autonomía operada por Ley Orgánica 11/1994, de 24 de marzo. Entre las nominales *competencias exclusivas* reconocidas a la Comunidad Autónoma en el artículo 26 del Estatuto, aparecería ahora una materia 26, relativa a *fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma*. Sobre ella, como sobre las demás materias listadas en ese precepto, su apartado 2 precisaba que «salvo norma legal en contrario, corresponde a la Comunidad asumir las potestades legislativa y reglamentaria, la gestión y la función ejecutiva, incluida la inspección».

3. Con la segunda reforma estatutaria —y de más calado—, producida en virtud de la Ley Orgánica 4/1999, de 8 de enero, dentro de la nueva oleada de reformas estatutarias que tuvo lugar bajo la primera legislatura de gobierno del PP, aunque sin mayoría absoluta, las cosas no cambiaron en lo que se refiere a la competencia estatutaria en materia de fundaciones. El contenido del artículo 26 de la redacción anterior pasó a constituir, con algunos retoques, el artículo 32, y allí se mantuvo, en el ámbito, por tanto, de las *competencias exclusivas*, una materia que ahora pasó a ser la 27, con idéntico enunciado a la 26 del anterior texto estatutario: *fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad*

Autónoma. El marco competencial delimitado por el apartado 2 de este nuevo artículo 32 era muy similar al delineado en el texto estatutario anterior, pero se formulaba de modo un poco distinto, no exento de cierta carga significativa y un buscado mayor rigor jurídico: «en el ejercicio de estas competencias, corresponderán a la Comunidad de Castilla y León las potestades legislativas y reglamentaria, y la función ejecutiva, incluida la inspección, que serán ejercidas respetando, en todo caso, lo dispuesto en la Constitución».

4. El nuevo Estatuto de Autonomía aprobado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, reitera su competencia en materia de fundaciones de la misma forma y con el mismo alcance. El artículo del listado general de las *competencias exclusivas* de la Comunidad Autónoma pasa a ser ahora el 70, alargado hasta comprender 37 materias, tres más, numéricamente, que en la última redacción del Estatuto anterior. Las *fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma* pasan a ser la materia 34.^a La cláusula que fija el marco competencial ocupa ahora los apartados 2 y 3, en lugar del único apartado que figuraba en los textos estatutarios anteriores. Lo que vienen a decir es lo mismo, pero lo dicen de otro modo: en el 2 se hace su definición positiva: «En el ejercicio de estas competencias, corresponderán a la Comunidad de Castilla y León las potestades legislativa y reglamentaria, y la función ejecutiva, incluida la inspección»; en el 3, se hace la delimitación negativa, reconociendo los límites de lo que, con todo, sigue denominándose, *exclusividad*: «La atribución en exclusividad de estas competencias a la Comunidad de Castilla y León se entenderá efectuada sin perjuicio de las competencias que pudieran corresponder al Estado en virtud de otros títulos previstos por la Constitución». Es decir, como es sabido, y como ha sido y es desde el principio y en todas las Comunidades Autónomas: se trata de una exclusividad en realidad no exclusiva, aunque la expresión impulse soterradamente una tendencia permanente a concebirla en sentido estricto, con cuanto comporta de riesgo conflictivo permanente, que sólo razonables dosis de sensatez, prudencia y adecuada comprensión del Estado constitucional autonómico pueden lograr soslayar.

Aunque el nuevo Estatuto ha incorporado un Título I de *derechos y principios rectores*, no hay en ellos mención alguna específica al derecho de fundación ni a las fundaciones, aunque sí pueden encontrarse afirmaciones implícitamente significativas o relevantes como la que, dentro de los denominados *principios rectores de las políticas públicas*, del artículo 16, se contiene en su número 24, que define como objetivo «el fortalecimiento de la sociedad civil y el fomento del asociacionismo, el voluntariado y la participación social».

5. Cabe recordar sucintamente que, como ha dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 341/2005 (FJ 2), «en el texto constitucional el fe-

nómeno fundacional no es considerado como materia competencial dotada de sustantividad propia», pues «no figura en los listados de los artículos 148.1 y 149.1», si bien «de tal situación no puede extraerse la conclusión de que el Estado carezca de competencias en relación con el derecho de fundaciones proclamado en el art. 34 CE. En efecto, el reconocimiento por el precepto citado del “derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley” incluye una llamada al desarrollo legislativo, que ha de realizarse en los términos fijados en el art. 53.1 del mismo texto constitucional, y en el que al Estado compete *ex art. 149.1.1 CE* regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en su ejercicio. Por otra parte, otros títulos competenciales del Estado —en los términos en que los consagra la propia Constitución— le habilitan igualmente para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (art. 149.1, números 8 y 6 CE), así como a estimular la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general, mediante medidas fiscales que le corresponde establecer, de conformidad con el art. 149.1.14 CE».

6. Como se resume en la misma Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005 (FJ 3), la regulación sustantiva básica sobre las fundaciones que, en virtud de sus diversos títulos competenciales, es propia del Estado, se encuentra hoy contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, aunque esta Ley regule a la vez de manera más específica las de competencia estatal. Veremos que también siguen en vigor determinados preceptos del Código Civil.

II. Normativa propia de Castilla y León

1. *La Ley 13/2002, de 15 de julio, de fundaciones y otras medidas legislativas*

1. Las Cortes de Castilla y León han ejercido la potestad legislativa que el Estatuto reconoce desde 1994 a la Comunidad Autónoma, aprobando la Ley 13/2002, de 15 de julio, que establece «el régimen jurídico de las fundaciones cuya actividad se desarrolle principalmente en el territorio de la Comunidad de Castilla y León» (art. 1), cuando la regulación estatal se contenía en la Ley 30/1994, a la que se hacían diversas referencias, particularmente en la Exposición de Motivos, y que indudablemente puede explicar también, como veremos, el sentido de algunas de sus regulaciones. Como consecuencia de la aprobación, algunos meses después, de la Ley estatal 50/2002, se modificó para adecuarla a ésta mediante Ley 12/2003, de 3 de octubre, flexibilizando la regulación en materia de delegaciones y apoderamientos (art. 14). Con res-

pecto a las fundaciones *públicas*, o «en mano pública», la Ley de Hacienda y del Sector Público de Castilla y León, 2/2006, de 3 de mayo, ha modificado el artículo 6 relativo a la capacidad para fundar. Y la Ley 17/2008, a la que enseguida volvemos a referirnos, ha derogado sin mayores explicaciones el artículo 18, sobre la naturaleza de los bienes y derechos que forman el patrimonio de las fundaciones.

La Ley 13/2002 se dispuso con 38 artículos agrupados en 8 Títulos, sucesivamente dedicados a algunas disposiciones generales (I, arts. 1 a 5); la constitución de las fundaciones (II, arts. 6 a 9); su gobierno (III, arts. 10 a 16); su patrimonio (IV, arts. 17 a 20); su funcionamiento y actividad (V, arts. 21 a 26); su modificación, fusión y extinción (VI, arts. 27 a 31); Protectorado (VII, arts. 32 a 35), y Registro de Fundaciones (VIII, arts. 36 a 38). La completan dos disposiciones adicionales, una transitoria y dos finales, la última de las cuales ordenó su entrada en vigor a los treinta días de su publicación en el Boletín Oficial de Castilla y León, que se produjo el 19 de julio de 2002. Es de notar la similitud sistemática de la estructura de esta Ley y la que muestra la Ley estatal 50/2002 ahora vigente, aunque ésta, quizás de modo más apropiado, divide sus partes en capítulos y no en títulos, nivel divisorio éste que resulta excesivo para el caso.

2. Hay que contar también con lo establecido en el artículo 57 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas financieras, modificado por el artículo 25 de la Ley 17/2008, de 23 de diciembre, de medidas financieras y de creación de la empresa pública Castilla y León Sociedad Patrimonial y del Ente Público Instituto de Seguridad y Salud Laboral de Castilla y León ¹.

3. Es usual en los últimos años que las Leyes que aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma contengan normas sobre las fundaciones en mano pública, de ella dependientes.

4. La Ley de Subvenciones 5/2008, de 25 de septiembre, ha excluido a las fundaciones en mano pública de su ámbito de aplicación, pero no de modo completo, pues ha establecido algunas normas para ellas ².

¹ Artículo 57. *Aportaciones dinerarias a la dotación de fundaciones.*

Las aportaciones dinerarias al patrimonio de fundaciones que realice la Administración de la Comunidad como dotación fundacional se realizarán con cargo a los créditos del capítulo para activos financieros. Estas aportaciones se registrarán por la normativa en materia de fundaciones y precisarán, además de las autorizaciones previstas en esta normativa, de autorización de la Junta de Castilla y León, previo informe de la Consejería de Hacienda, cuando superen la cuantía que fije para cada ejercicio la ley de presupuestos.

² Disposición adicional quinta. *Entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las empresas y fundaciones públicas de la Comunidad.*

1. Podrán realizar entregas dinerarias sin contraprestación:

5. También la Ley del Patrimonio de la Comunidad, 11/2006, de 26 de octubre, ha establecido alguna norma sobre fundaciones participadas o públicas³.

a) Las empresas públicas de la Comunidad, cuando forme parte de su objeto social de acuerdo con la ley que autorice su creación.

b) Las fundaciones públicas de la Comunidad a que se refiere el artículo 6.3 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León, cuando forme parte de la finalidad fundacional.

2. Las entregas dinerarias sin contraprestación se regirán por el derecho privado, si bien les serán de aplicación los principios de gestión y los de información establecidos en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en esta ley. Los beneficiarios deberán reunir los requisitos y cumplir las obligaciones que establecen los artículos 13 y 14, respectivamente, de dicha ley.

3. La concesión de estas entregas se ajustará a las reglas y procedimiento que elabore la entidad, de acuerdo con las normas y principios establecidos por la Ley General de Subvenciones y por esta ley y que se referirán como mínimo a lo siguiente:

a) Órgano competente para realizar la convocatoria.

b) El contenido de la convocatoria que, en todo caso, deberá comprender los siguientes extremos:

1.º Objeto, finalidad y condiciones de la entrega dineraria.

2.º Requisitos que deben reunir los perceptores.

3.º Criterios de selección.

4.º Cuantía máxima de la entrega.

c) Medios de publicidad a utilizar para promover la concurrencia e información a facilitar sobre el contenido de la convocatoria.

Cuando la convocatoria supere la cantidad de 300.000 euros o cuando las entregas individuales a cada perceptor puedan superar la cantidad de 100.000 euros, además de los medios de publicidad que habitualmente utilice la entidad, se publicará en el «Boletín Oficial de Castilla y León».

d) Tramitación de las solicitudes.

e) Justificación por parte del perceptor del empleo de la ayuda.

4. Las entregas dinerarias serán realizadas por los órganos competentes de acuerdo con sus propias normas, que necesitarán la autorización de la Junta de Castilla y León cuando su cuantía sea superior a un millón de euros.

5. Las entidades a que se refiere esta disposición sólo podrán realizar entregas dinerarias sin contraprestación de forma directa en los supuestos a que se refiere el artículo 22.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

³ Artículo 103. *Adquisición de bienes por reducción de capital o fondos propios.*

1. La Administración General y las entidades institucionales podrán adquirir bienes y derechos por reducción de capital de sociedades o de fondos propios de organismos públicos, o por restitución de aportaciones a fundaciones.

2. La incorporación al patrimonio de la Administración General de la Comunidad requerirá la firma de un acta de entrega entre un representante del órgano directivo competente en materia de patrimonio y otro de la sociedad, entidad o fundación de cuyo capital o fondos propios proceda el bien o derecho.

Artículo 137. *Cesiones gratuitas de propiedad de bienes inmuebles de la Administración General.*

Los bienes inmuebles patrimoniales de la Administración General de la Comunidad cuya afectación o explotación no se juzgue necesaria o previsible podrán ser cedidos gratuitamente,

2. *Regulación reglamentaria*

1. El Reglamento de fundaciones de Castilla y León fue aprobado por Decreto 63/2005, de 25 de agosto, a propuesta de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial (BOCyL de 1 de septiembre), que derogó otras disposiciones anteriores y en particular el Decreto 227/1995, de 9 de noviembre, de atribución de funciones y servicios en materia de fundaciones, y el Decreto 121/1996, de 9 de mayo, por el que se creó el Registro de Fundaciones de Castilla y León.

2. El Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos, dictadas en aplicación del derecho a la buena administración (art. 12 del Estatuto de 2007), del artículo 35.f) de la Ley 30/1992, y del artículo 6.2.b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio (acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos), ha declarado en su artículo 2.1 su inaplicación al Registro de Fundaciones.

3. *Justificación de una normativa autonómica*

1. Ya hemos visto que el Estatuto de Autonomía proporciona una base competencial bien explícita para que la Comunidad Autónoma haya procedido a una regulación incluso legislativa de las fundaciones propias de su ámbito territorial, pero cabe preguntarse por las razones de fondo que puedan justificar la normativa producida, que, como veremos, alcanza a diversos aspectos del régimen de dichas fundaciones, más allá de lo que podrían ser unas normas

para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a otras Administraciones y a fundaciones públicas.

Artículo 146. *Cesión de bienes de las entidades institucionales.*

1. Con independencia de las cesiones previstas en el artículo 129 de esta ley, las entidades institucionales sólo podrán ceder gratuitamente la propiedad o el uso de bienes o derechos de su titularidad cuando tuviesen atribuidas facultades para su enajenación y no se hubiese estimado procedente su incorporación al patrimonio de la Administración General de la Comunidad. Sólo podrán ser cesionarios las Administraciones públicas y las fundaciones públicas.

2. Serán competentes para acordar la cesión de los bienes los órganos que lo fueran para su enajenación, previo informe favorable del órgano directivo competente en materia de patrimonio.

3. Las entidades institucionales deberán efectuar, respecto de los bienes y derechos que hubiesen cedido, iguales comprobaciones a las previstas en el artículo 142.

4. La solicitud de cesión gratuita de bienes o derechos propios de las entidades institucionales se dirigirá a éstas, con iguales menciones a las señaladas en el artículo 143.

5. La resolución en los mismos casos previstos en el artículo 145 se acordará por el órgano rector competente de la entidad institucional.

puramente organizativas del Protectorado que le corresponde ejercer a la Administración autonómica sobre ellas.

2. Leyendo la Exposición de Motivos de la Ley 13/2002 se aprecia enseguida la presencia de una razón política expresamente enunciada como decidida apuesta por el apoyo al desarrollo del sector de las fundaciones, que es contemplado como una destacada manifestación de las iniciativas sociales propias del dinamismo de la sociedad civil para participar sin ánimo de lucro en la satisfacción de necesidades de interés general, y «que ya tiene —se dice textualmente— una importancia cuantitativa y cualitativa de primer orden». Eso sería lo que «exige del legislador un constante esfuerzo de adaptación para prestar la cobertura legal y el estímulo de ese tejido social».

Este planteamiento da por supuesto, obviamente, que existen en la Comunidad Autónoma «peculiaridades, necesidades e intereses» que la regulación debe tener en cuenta en orden a facilitar «la promoción, constitución y funcionamiento de las fundaciones que realicen sus actividades en su ámbito territorial».

Es legítimo preguntarse hasta qué punto esto es así o si lo es de algún modo. El examen de la regulación establecida podrá quizás facilitar esa valoración, que dejaremos abierta, aun intentando aportar las reflexiones que ese análisis nos permita.

III. Caracteres de las fundaciones «de ámbito regional» castellano-leonés

1. Naturaleza

1. Como no podría ser de otra manera, no aparece en la norma autonómica pretensión definitoria alguna de las fundaciones. Se da por supuesto que se trata de la misma realidad que con esa denominación —además, de relevancia constitucional, por lo dispuesto en el art. 34 de la Constitución— es definida en el Derecho estatal. Cabe recordar que, en efecto, el artículo 2 de la Ley 50/2002 (cuya prevalencia general viene afirmada expresamente por su disposición final primera, apartado 1) dispone que «son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general», añadiendo el artículo 4.º —con idéntico valor— que «tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones».

No se incluye en su delimitación de manera explícita que lo determinante precisamente de estas organizaciones personificadas, como la doctrina ha ex-

plicado tradicionalmente⁴, es el conjunto de cosas o bienes, el patrimonio, que se afecta, en efecto, unitariamente a un fin determinado, que la ley dice —queriendo atenerse, probablemente, a la mención expresa en este sentido del art. 34 de la Constitución y, análogamente, del art. 35 del Código Civil— habrá de ser de interés general. La referencia, no obstante, del artículo 2 a la afectación duradera de su patrimonio a tal tipo de fines, apunta ya a ese constitutivo esencial de las fundaciones, por el que se diferencian, como es sabido, radicalmente de las organizaciones asociativas. Hoy, sin embargo, un gran número de fundaciones se crean realmente no con el fin de dar vida autónoma a una determinada masa de bienes, para que sirva de manera permanente a una determinada finalidad, sino para contar con un soporte jurídico autónomo de determinadas actividades, que queden desligadas de los vínculos jurídicos y responsabilidades de las personas que lo gobiernen o trabajen a su servicio. Es más importante en la práctica esa organización objetiva personificada, conformada y finalizada por la voluntad fundadora, externa a ella misma y su fuente rectora específica, que los recursos patrimoniales que se le adscriban, puesto que, en gran número de supuestos, esos recursos se van adquiriendo posteriormente, constituyéndose las fundaciones con muy reducida masa patrimonial inicial⁵. Además, cuando los fundadores, como es tan común, son otras personas jurídicas, son inevitables unos vínculos de dependencia, formales o informales, que convierten a las fundaciones en un instrumento descentralizado de aquéllas, aunque ciertamente determinado *ab initio* en su configuración, fines y medios para alcanzarlos. Tales fundaciones quedan así de hecho bien lejos de las fundaciones concebidas como medio de prolongar más allá de la vida humana del fundador el servicio a una determinada finalidad de una determinada masa patrimonial que constituye su dotación.

Dada la índole del presente trabajo no procede que nos detengamos en más consideraciones.

2. Aun con idéntica naturaleza que las de ámbito nacional y competencia exclusiva del Estado, las fundaciones objeto de la normativa autonómica son sólo aquellas cuya actividad se desarrolle, aunque no exclusivamente, sí principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y

⁴ *Vid.* al respecto F. MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación de una fundación*, 3.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 25.

⁵ Reciente y joven doctrina entiende que la definición de las fundaciones del artículo 2 de la Ley 50/2002 y la similar del artículo 1 de su predecesora «ha venido a superar la tradicional concepción patrimonialista de la fundación» [M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica de las fundaciones. Tensiones legislativas e interés general*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 29]. Aun admitiendo en parte esta interpretación, la relativiza, a la vista de la importancia que mantiene la dotación, F. MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, cit., pp. 39 y 40.

León (art. 1.º de la Ley 13/2002), lo que pasa a ser, sin duda, un elemento definitorio suyo específico, que hay que vincular también con la exigencia contenida en su artículo 5 de que su domicilio «social» (en expresión usual que remite simplemente al domicilio oficial o «institucional») «deberá radicar» en dicho «ámbito territorial». Esta dimensión territorial «principalmente» regional es lo que, en suma, las distingue de las demás fundaciones.

3. Los elementos definitorios comunes a las fundaciones aparecen de una u otra forma mencionados ocasionalmente en la Ley 13/2002. Así, por ejemplo, el de su necesaria personificación jurídica como tales a que se refiere más en concreto su artículo 4 para vincularla a su necesaria inscripción en el Registro de Fundaciones de Castilla y León. O, en fin, la necesidad de que sus fines sean «de interés general» (art. 3.1). Iremos viendo cómo aparecen otros en la regulación de diversos aspectos del régimen jurídico fundacional.

2. Clases

1. Las fundaciones son personas jurídicas privadas, aunque no se diga así de modo expreso ni en la Ley estatal 50/2002 ni en la 13/2002 de Castilla y León. Siendo, ante todo, expresión de un derecho o más bien libertad fundamental que el artículo 34 reconoce a los ciudadanos, y en cuanto pueden ser, por ello, y son las más de las veces constituidas por sujetos particulares o personas privadas, no pueden sino ser a su vez personas jurídicas privadas. Por tales se las ha tenido tradicionalmente y como tales aparecen en el Código Civil. Eso es lo que explica que el Tribunal Constitucional, la disposición final primera de la Ley 50/2002 y la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2002 se refieran, al respecto de su regulación, a la competencia constitucionalmente reservada al Estado sobre la legislación civil en la materia 8.ª del artículo 149.1 de la Constitución. Y, en fin, así se confirma por la regulación que se hace de las fundaciones en ambas leyes y por las abundantes remisiones a las competencias del orden jurisdiccional civil que se contienen en particular en la Ley 50/2002, reiteradas de modo más general en su artículo 43.3.

2. Ahora bien, un tanto sorprendentemente, ya claramente desde la Ley 30/1994, resulta que las fundaciones, sin perjuicio de su condición, sin duda, privada, pueden ser constituidas y organizadas, desde luego, por personas privadas, físicas o jurídicas, como acaba de decirse y ha sido siempre lo normal, pero también por entidades públicas, dándose lugar con ello a las denominadas fundaciones *en mano pública*⁶ o *del sector público*⁷ o *de la Admi-*

⁶ M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública (La reforma de los servicios públicos sanitarios)*, con prólogo de L. PAREJO ALFONSO, Marcial Pons, Madrid, 1999.

⁷ Fue la denominación por la que optamos en nuestro estudio «Fundaciones privadas del

nistración pública⁸, o en fin, más ambiguamente, *públicas*, a pesar de que siguen siendo en realidad, formalmente, privadas⁹. La Ley 50/2002, además de confirmar esta posibilidad en su artículo 8.º —«salvo que sus normas reguladoras (de las personas jurídico-públicas que podrían constituir las) establezcan lo contrario»—, introdujo, como es sabido, un último capítulo —el XI— dedicado precisamente a las que denomina *fundaciones del sector público estatal*. Aunque es una regulación de aplicación directa exclusivamente al Estado, constituye en realidad la primera regulación específica más general de esta clase de fundaciones, que, naturalmente, no deja de tener la supletoriedad que el artículo 149.3 reconoce en todo caso al Derecho estatal.

Si bien el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 12/2002, ya en su redacción original, contemplaba la posibilidad de que creasen fundaciones tanto la Administración autonómica como cualesquiera de las «entidades del sector público autonómico», han sido los añadidos introducidos en ese artículo por la disposición final 2.ª de la Ley 2/2006, de la Hacienda de Castilla y León, los que, entre otras cosas, han dado la denominación de fundaciones *públicas* de la Comunidad «a efectos de esta Ley» a «aquellas en cuya dotación participen en más del cincuenta por ciento, directa o indirectamente, la Administración General de la Comunidad o las demás entidades del sector público autonómico». Si bien, en su delimitación se ha seguido el criterio sentado para el ámbito estatal por el artículo 44 de la Ley 50/2002, luego reafirmado con carácter más general y básico por el artículo 3.1.f) de la Ley 30/2007, de contratos del sector público, lo nuevo de la Ley castellano-leonesa, y en verdad que no muy afortunado, es la calificación de tales fundaciones como *públicas*.

Por lo demás, ese criterio dotacional estrictamente mayoritario podría no estar prestando una atención suficiente al criterio comunitario de la *influencia dominante*, ya formalmente introducido en el ordenamiento específicamente español por varias vías y a diversos efectos, en orden a identificar a las *empresas públicas* —cuando se trate de organizaciones cuya actividad principal sea económica y de mercado¹⁰— y, aunque de otro modo, también a los *Organismos de Derecho público* —cuando la actividad satisfaga necesidades de interés gene-

sector público: problemas de constitucionalidad», en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, y J. TORRONS MAS (eds.), *La enseñanza del Derecho Administrativo, Tercer Sector y Fundaciones, Rutas Turísticas e Itinerarios Culturales (XIII Congreso italo-español de Profesores de Derecho administrativo, Salamanca 9-11 de octubre de 2000)*, Cedecs, Barcelona 2002, pp. 301-332.

⁸ M.ª T. CARBALLEIRA RIVERA, «Las fundaciones privadas de la Administración pública en el Derecho comparado», *RAP*, n.º 177, 2008, pp. 335-376.

⁹ *Vid.* también en este sentido F. MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, cit., p. 98.

¹⁰ *Vid.* Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras, artículo 2, y Ley 31/2007, de 20 de octubre, de contratación en sectores especiales, artículo 3.2.b).

ral de carácter no mercantil o industrial ¹¹— conceptos en los que las fundaciones privadas *en mano pública* pueden verse, sin duda, comprendidas, como viene manteniendo la jurisprudencia comunitaria (STJUE 15.05.2003, *Comisión c/. España*, asunto C-214, entre otras muchas).

En cualquier caso, lo que hay que destacar en este momento es que, en el ordenamiento autonómico de Castilla y León, igual que en el del Estado, las fundaciones en mano pública tienen algunas particularidades jurídicas que las distinguirá de las fundaciones plenamente privadas. Y puede añadirse que, como en el Estado y en el ámbito de otras entidades públicas, se ha desarrollado un sector fundacional público no pequeño en esta Comunidad Autónoma ¹², haciéndose caso omiso de las objeciones que han podido oponerse, especialmente desde la perspectiva de cuanto puede comportar una efectiva garantía constitucional del Derecho administrativo ¹³.

¹¹ *Vid.* Ley 31/2007, de 20 de octubre, artículo 3.2.a), e, implícitamente, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, artículo 3.3.b).

¹² Según la página web de la Junta de Castilla y León, las fundaciones públicas de la Comunidad actualmente serían: *Fundación Autónoma de Formación en el Empleo*, creada en 2006; *Fundación o Centro de Hemoterapia y Hemodonación de Castilla y León*, creada en 2003; *Fundación para la Enseñanza de las Artes en Castilla y León (ARCYL)*, creada en 2005; *Fundación Instituto Castellano y Leonés de la Lengua*, creada en 2002; *Instituto de Estudios de Ciencias de la Salud*, creada por Decreto 224/1998, de 29 de octubre; *Fundación del Patrimonio Histórico*, creada en 1997; *Fundación del Patrimonio Natural de Castilla y León*, creada en 2005; *Fundación Santa Bárbara*, de 1989; *Fundación del Servicio Regional de Servicios Laborales (SERLA)*, de 1997; *Fundación Siglo para las Artes en Castilla y León*, de 2000; *Fundación Universidades de Castilla y León*, constituida en 1997, y *Fundación Villalar*. La relación, no obstante, requeriría modulaciones, pues, por ejemplo, en la *Fundación del Patrimonio Histórico* parece que la Comunidad ni hizo la dotación mayoritaria ni aporta tampoco la mayoría de los recursos, pues el conjunto de las Cajas de Ahorro de la región hacen una contribución y tienen una participación importante. La *Fundación Autónoma de Formación en el Empleo* se creó en 2006 como fruto del «diálogo social» entre la Administración Autónoma, CECAL (Confederación de Organizaciones Empresariales de Castilla y León), CCOO y UGT, que son las entidades fundadoras, y la *Fundación del Servicio Regional de Servicios Laborales (SERLA)*, aunque casi diez años antes, se origina también en un acuerdo análogo en orden a la solución autónoma de los conflictos laborales. La *Fundación Villalar* depende, desde luego, de la Comunidad, pero parece que a través de su Administración parlamentaria y no a través de su Administración general. En el Patronato de la *Fundación del Instituto Castellano y Leonés de la Lengua*, ubicada desde 2008 en el conocido como Palacio de la Isla, en Burgos, se sientan, además de la representación de la Junta, representantes de la Federación Regional de Municipios y Provincias, la Cámara de Comercio e Industria de Burgos, las cuatro universidades públicas regionales, las nueve diputaciones y los 14 ayuntamientos de las principales ciudades de la comunidad autónoma. En el Patronato de la *Fundación Santa Bárbara*, ubicada en El Bierzo, junto a altos cargos de la Junta se sientan representantes de los Ayuntamientos de la comarca, de sindicatos, y de la Minero Siderúrgica de Ponferrada, S.A., la Universidad de León y otras varias entidades. En el de la *Fundación Universidades* figuran los Rectores de las Universidades, junto a los de la Administración autonómica universitaria.

¹³ *Vid.* nuestro estudio «Fundaciones privadas del sector público...», cit. y, en términos más

3. Ordenamiento aplicable

1. El artículo 2 de la Ley 13/2002 dispone que las fundaciones que constituyen su objeto «se regirán por la voluntad del fundador al constituir la Fundación, por sus Estatutos y, en todo caso, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1 de la Constitución, por los preceptos de la legislación estatal de Fundaciones que sean de aplicación general así como por la presente Ley». No es sino una particularización de lo dispuesto en términos algo más generales por el artículo 2.2 de la Ley 50/2002, de carácter básico. No cabe olvidar, sin embargo, que, como se dispone en el último inciso del artículo 149.3 de la Constitución, y pese a la inaceptable doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en un par de ocasiones —que es de esperar sea rectificada o aquilatada¹⁴—, el Derecho estatal es siempre supletorio del autonómico, por lo que la Ley 50/2002 e incluso su Reglamento aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre —aunque desde luego con bien menor efectividad práctica—, deben considerarse aplicables por esa vía de supletoriedad a las fundaciones del ámbito regional, aun en sus preceptos no básicos ni de obligada y preferente aplicación general en razón de las competencias reservadas al Estado en el 149.1¹⁵.

generales, nuestro ensayo «La garantía constitucional del Derecho administrativo», en M. BALADO y J. A. GARCÍA REGUEIRO (dirs.), J. LÓPEZ DE LERMA, A. PRADA y A. RUBIALES (coords.), *La Constitución española de 1978 en su XXV aniversario*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 1079-1087, y en *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, n.º 9, julio-diciembre 2002, pp. 17-27. *Vid.* asimismo una referencia al debate sobre esta cuestión en F. MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, cit., pp. 94 y ss. En L. MORELL OCAÑA y A. RUIZ OJEDA, «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho público» [Capítulo 7.º de A. RUIZ OJEDA (COORD.), *Manual de fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999] puede verse la habitual argumentación que defiende el recurso de la Administración a estos y otros instrumentos jurídico-privados, en gran medida en la línea de los que sostienen la importación del llamado *Privatverwaltungsrecht*, que ya fuera objeto, aun sintéticamente, de certera crítica, hace años, por J. C. LAGUNA DE PAZ, en *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, Madrid, 1991, pp. 305 y ss.

¹⁴ No es posible entrar aquí en el análisis crítico de las SSTC 118/1996 y 61/1997 del TC, pero, en cualquier caso, lo dicho por el alto Tribunal en ellas no se opone a que normas dictadas por el Estado para el Estado sean a la vez supletorias para las Comunidades Autónomas.

¹⁵ La jurisprudencia del TSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid), aunque ha salvaguardado la obligatoriedad de la legislación estatal, se ha limitado a fundarla en la transitoria que ha venido figurando en el Estatuto de Autonomía, similar a la transitoria segunda del actual Estatuto de 2007, que no es explícita en cuanto a la supletoriedad general del Derecho estatal. *Vid.* Sentencias 223/2003, de 25 de febrero; 265/2004, de 17 de febrero; 1223/2004, 10 de septiembre, etc. Sobre la cuestión se ha pronunciado en el mismo sentido, en un recurso de casación contra la primera de las sentencias citadas, la Sala 3.ª del TS (Secc. 4.ª) en Sentencia de 21 de marzo de 2006, que no entra a discutir el argumento empleado por el recurrente basado

2. En realidad, aunque ciertamente la voluntad del fundador es lo más determinante para la creación y conformación de toda fundación, la verdad es que, en cuanto al régimen de ésta, habrá de quedar incorporada a los estatutos, sin que, por eso, constituya propiamente una fuente normativa diferente como los preceptos citados parecen dar a entender¹⁶. Los estatutos son expresión de la autonomía de la voluntad, que, en expresión de la libertad, corresponde de suyo a las personas físicas y, por extensión, bajo los límites que les son propios, a las demás personas privadas. Si hablamos de su carácter normativo ha de entenderse en el mismo sentido con que ha de reconocerse en los de una sociedad o asociación, como expresión de la capacidad organizativa y reguladora propia, en principio, de los sujetos privados. Sus límites serán obviamente los que procedan de las leyes y de los elementos necesarios para la reconocibilidad general del tipo de organización personificada de que se trate. ¿Forman parte los estatutos del «ordenamiento» aplicable? En un sentido lato parece indudable, pero en un sentido más técnico y preciso, si aplicamos tal término solamente a las normas establecidas por la costumbre social y, sobre todo, por los Poderes públicos, habría que decir que no, al menos en el caso de las fundaciones enteramente privadas. En el caso de las fundaciones del sector público la cuestión podría ser, sin embargo, discutible.

3. Con respecto a las fundaciones del sector público hay que recordar la aplicabilidad de otras normas que se han ido dictando para ellas. Y concretamente para las *públicas* de Castilla y León, las contenidas en la Ley de Hacienda de Castilla y León y en las sucesivas Leyes que aprueban anualmente los Presupuestos Generales de la Comunidad, además de las normas básicas sobre contratación contenidas en las Leyes estatales 30 y 31/2007, o, en cuanto a otros aspectos eventualmente relevantes, la Ley, también estatal, 4/2007, sobre transparencia de las relaciones financieras de empresas públicas y empresas con derechos exclusivos o especiales.

4. Seguirán siendo aplicables también las normas del Código Civil y cuantas otras normas estatales de la legislación civil, mercantil y laboral resulten apropiadas. También la legislación fiscal puede ser, desde luego, como es sabido, de no escasa relevancia.

—infundadamente, a nuestro entender— en la doctrina del TC sobre las leyes estatales meramente supletorias (habría que recordar además la STC 147/1991).

¹⁶ Con razón se ha escrito que «los estatutos de la fundación forman lo que podemos denominar el contenido normativo del negocio fundacional» (F. MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación...*, cit., p. 115).

4. *Fines y beneficiarios*

1. Comienza diciendo el artículo 3 de la Ley 13/2002 —otro de sus preceptos básicos— que «las finalidades fundacionales han de ser lícitas, de interés general y sus actividades han de beneficiar a colectivos genéricos de personas».

En realidad esta regla general sobra, pues ya está establecida en el artículo 3.1 y 2 de la Ley 50/2002 e incluso con una amplia lista *ad exemplum* de los fines de interés general posibles. Se contenía ya igualmente —con una lista similar, bastante más corta, sin embargo— en el artículo 2.1 y 2 de la Ley 30/1994, que era la vigente cuando se aprobó la 13/2002 de Castilla y León. La exigencia de su licitud no está explicitada en esos preceptos de la legislación básica estatal, pero, obviamente, se da por supuesta: exigir que sean de interés general constituye, sin duda, un *plus*, que sólo es aceptable a partir de su más plena conformidad con el ordenamiento jurídico y su consiguiente licitud.

También tiene el mismo carácter repetitivo la afirmación con la que termina el apartado 1 del citado artículo 3 de la Ley 13/2002, con la que se reconoce expresamente a estos efectos la condición de «colectivo genérico de personas a “las colectividades de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares”, que es lo mismo que dice el artículo 3.2 de la Ley 50/2002 y decía el 2.2 de la 30/1994».

2. El acotamiento, en cambio, de las exclusiones de la posibilidad de ser beneficiarios que se hace en el apartado 2 del mismo artículo 3 de la Ley 13/2002 no deja de suscitar cuestiones de acoplamiento a la regulación básica similar, pero distinta, que se contiene en el artículo 3.3 de la Ley 50/2002. Ambos preceptos contienen una fórmula más explícita y desarrollada y de contenido más excluyente que la que figuraba en el artículo 2.3 de la Ley 30/1994. El ámbito de coincidencia indudable entre la Ley autonómica y la básica estatal vigente comprende a los fundadores, patronos (miembros del Patronato) y sus cónyuges —la Ley de 1994 sólo excluía a los de los fundadores—, pero la Ley 50/2002 menciona asimismo a las «personas ligadas» con fundadores o patronos «con análoga relación de afectividad», lo que, con independencia de su significación ampliamente indeterminada, no figura en cualquier caso en la Ley de Castilla y León, y, por otra parte, mientras la Ley básica excluye también a los parientes de fundadores y patronos «hasta el cuarto grado inclusive», como ya hacía la Ley 30/1994 aunque sólo —muy importante diferencia— con respecto a los parientes del fundador, la Ley de Castilla y León reduce la exclusión hasta el cuarto grado a los parientes consanguíneos,

limitando la relativa a los parientes por afinidad al segundo. Y además, mientras que la Ley autonómica no excluye a ninguna de estas personas —ni siquiera a los fundadores— de la posibilidad de ser beneficiarios en cuanto pertenezcan al colectivo o colectivos genéricos de personas que contemplen los estatutos de la correspondiente fundación, la Ley básica formula la exclusión de otra manera, que puede determinar un alcance diferente: se prohíbe en ella literalmente la constitución de «fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones» a esas personas excluidas, por más que, desde luego, esto parece compatible con que todas ellas puedan ser beneficiarios mientras la fundación no se destine principalmente a ellas.

La Ley estatal extiende y generaliza esta prohibición de destinar las fundaciones al beneficio de sujetos determinados, a hacerlo en favor de «personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general». Es una referencia que no se encuentra explicitada en la Ley autonómica. Siendo una disposición básica puede tener un valor hermenéutico importante, en cualquier caso, en cuanto que *a contrario* viene a significar que las personas jurídicas, singularmente consideradas, pueden ser beneficiarias principales —además de beneficiarias en general— de las fundaciones, si son de interés general. Siempre que, a la vez —habría que añadir, porque parece implícito—, en ellas o a través de ellas se venga a cumplir la exigencia teleológica más general de que la fundación se finalice a beneficiar a una colectividad genérica de personas.

Esta técnica legislativa de repetir textos de la legislación básica estatal y en particular con retoques y diferencias que pueden alterar su sentido y generar inseguridad, resulta bien discutible. Y en cuanto al fondo, no parece que, siendo el fundamento de la normativa prevalente estatal en este punto el artículo 149.1.1.^ª, quepa reducir o ampliar las restricciones que ella imponga a la finalidad legítima del derecho constitucional de fundación para fines de interés general, del artículo 34.1 de la Constitución. La aplicación del artículo 3.3 de la Ley 13/2002, para no incurrir en inconstitucionalidad por lesión de la ley estatal prevalente, deberá hacerse, pues, al menos, de modo que no se incumpla lo preceptuado en ésta en cuanto a la finalidad principal de las fundaciones.

3. Por lo que se refiere, en fin, al apartado 3 del artículo 3 de la Ley 13/2002, hay que decir también que no hace sino reproducir lo dispuesto por el 4 del artículo 3 de la Ley 50/2002 del Estado —exactamente igual al art. 2.4 de la Ley 30/1994—, aunque, de nuevo, con alguna diferencia de dicción. Se trata de la excepción que, en cuanto a las prohibiciones de destinos a personas singulares, beneficia a «los supuestos en que la Fundación tenga como finalidad exclusiva o principal la conservación y/o gestión de los bienes del Patrimonio Español, siempre que se cumplan las exigencias de la normati-

va vigente sobre Patrimonio Histórico, en particular las que se refieren a los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes». Así reza el texto de la Ley 13/2002, que ha sustituido por el término «gestión» el de «restauración» que aparecía y aparece en las leyes estatales, de evidente diverso alcance, si bien hay que advertir que, sorprendentemente, ni en la Ley de 1994 ni en la de 2002 tal excepción tiene carácter básico.

IV. Requisitos de su constitución

1. *Capacidad para fundar y requisitos para su ejercicio*

1. El artículo 6 remite esta cuestión expresamente a la legislación que al respecto dicte el Estado «al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución», de manera que habrá que estar hoy a lo determinado como «legislación civil» —al amparo de la reserva competencial al Estado sobre la materia 8.^a del citado precepto constitucional—, por el artículo 8 de la Ley 50/2002 [conforme a su disposición final 1.^a2.b)], tanto en cuanto a las personas físicas (que habrán de tener «capacidad para disponer gratuitamente “inter vivos” o “mortis causa”, de los bienes o derechos en que consista la donación»), como a las jurídicas, y, en cuanto a éstas, tanto respecto de las privadas (las «de índole asociativa 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» y las de «índole institucional deberán contar con el acuerdo de su órgano rector»), como de las públicas (aunque nada particular se diga de ellas salvo la afirmación general de su «capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario»).

2. En realidad, el artículo 8 de la Ley de Fundaciones estatal no introduce nada que no se desprendiera ya, al menos implícitamente, del Código Civil en cuanto a capacidad, tanto jurídica como de obrar a estos efectos, salvo en lo que se refiere a las entidades públicas, pues una afirmación tan rotunda y general sobre su capacidad para constituir fundaciones no parece haya sido establecida en nuestro ordenamiento general antes de la Ley 30/1994 y luego por la Ley vigente. No nos parece que esto sea en rigor una norma de la «legislación civil», sino de la «administrativa», aunque, sin perjuicio de la valoración negativa que nos merece desde el punto de vista de su encaje constitucional ¹⁷,

¹⁷ *Vid.* nuestro estudio sobre «Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad», cit. *supra*, redactado bajo la vigencia de la Ley 30/1994. La Ley 50/2002 ha encarado algunos de los problemas a que nos referíamos, pero no nos parece que haya resuelto los más trascendentes. En nota anterior ya hemos dado sucinta cuenta sobre la polémica suscitada en torno a la posibilidad y pertinencia de las fundaciones públicas.

formalmente quedaría amparada en su obligatoriedad general por la reserva competencial a favor del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (materia 18.^a del art. 149.1 de la Constitución).

3. Las pocas reglas propiamente específicas sobre las personas jurídicas privadas del artículo 8 de la Ley 50/2002 son las de su apartado 3, y más que reguladoras de su capacidad lo son de las condiciones de ejercicio de su capacidad para fundar. A ellas se remite el artículo 6.1 de la Ley autonómica 13/2002.

4. Sobre las personas jurídicas públicas el artículo 6.2 dice textualmente que «el ejercicio de esta competencia —refiriéndose a su capacidad— por la Administración de la Comunidad de Castilla y León o entidades del sector público autonómico, deberá ser autorizado por la Junta de Castilla y León —el Consejo de Gobierno autonómico— que determinará las condiciones y limitaciones que deba cumplir la creación de la persona jurídica fundacional». El apartado 3, adicionado, como dijimos, por la Ley de Hacienda y del Sector público 2/2006, ha venido a particularizar que «las propuestas de autorización de la constitución de fundaciones públicas deberán acompañarse de una memoria económica, que habrá de ser informada por la Consejería de Hacienda, y que habrá de justificar la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad».

2. *Formas de constitución*

1. La regulación contenida en la Ley 13/2002 y particularmente en sus artículos 7 y 8 sobre las formas de constitución de las fundaciones no contienen novedad alguna sustantiva con respecto a la regulación estatal de los artículos 9 y 10 de la Ley 50/2002, dictados al amparo de la competencia sobre la «legislación civil» reservada al Estado por el artículo 149.1.8.^a de la Constitución [disposición final 1.^a2.b) de la misma Ley 50/2002]. Pero volvemos a encontrar repeticiones innecesarias con algunos cambios de redacción. Los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la Ley autonómica (posibilidad general de constitución mediante actos *inter vivos* y *mortis causa*, y exigencia de escritura pública para los primeros) son idénticos a los mismos apartados del 9 de la Ley estatal, y el 8 de la Ley autonómica se remite íntegramente a lo que en la práctica es el 10 de la estatal, sobre contenido obligado de la escritura de constitución. Los cambios redaccionales se refieren a la constitución por actos *mortis causa*, pero realmente no comportan alteración sustantiva alguna de lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de la Ley 50/2002.

2. En realidad lo más específicamente nuevo del artículo 7 de la Ley 13/2002 no se refiere propiamente a la constitución de las fundaciones sino a su inscripción registral, que no es en puridad un requisito constitutivo de las fundaciones en sí mismas consideradas¹⁸, sino un requisito para la plenitud de su eficacia, dado que, en tanto no se inscriban, sólo pueden actuar como «fundaciones en formación» con las limitadas posibilidades de actuación y con las obligaciones que determina el artículo 13 de la Ley 50/2002, que concreta también medidas para obligar a la inscripción. Pero por esto mismo, nos parece que la Ley autonómica no ha situado adecuadamente la regulación establecida en los apartados 3 a 7 de su artículo 7, con los que deberían haberse configurado dos preceptos diferentes (uno con normas generales sobre la inscripción y otro específico para la inscripción de las fundaciones *mortis causa*), bien en el mismo Título II sobre la constitución de la fundación o bien —quizás, mejor— en el Título VIII sobre el Registro donde ya hay otras normas sobre la inscripción. Trataremos del contenido de esos apartados al hablar del requisito de la inscripción registral. En todo caso no debería contribuirse al posible error de pensar que las fundaciones sólo quedan constituidas con ésta, como si fuese un requisito de su perfeccionamiento constitutivo.

3. Dotación

1. La dotación, que ha de constar en el negocio jurídico fundacional, con «su valoración y la forma y realidad de su aportación», tal y como expresa el artículo 10.c) de la Ley 50/2002, es un requisito esencial del acto fundacional. Con el mismo carácter de «legislación civil» competencia del Estado, el artículo 12 de esta Ley contiene una serie de precisiones sobre su posible composición, su montante necesario, las modalidades de su aportación y las posibilidades de su ampliación durante la vida de la fundación.

El artículo 9 de la Ley autonómica 13/2002 tiene un primer apartado que no hace sino reiterar reglas ya contenidas en la Ley estatal, aunque conjuntadas en una redacción en parte diversa: «La dotación de la Fundación estará constituida por los bienes y derechos que sean aportados por el fundador (aun sin esta mención explícita a la exigencia de su aportación por el fundador, ya lo dice el apartado 1 del citado art. 12 de la Ley 50/2002) y deberá acreditarse ante el Notario actuante la realidad de su aportación, salvo que conste en la escritura pública de constitución la voluntad de hacer la aportación de forma sucesiva, en cuyo caso es imprescindible acreditar la aportación efectiva de al

¹⁸ Como acertadamente explica F. MORILLO GONZÁLEZ, *El proceso de creación de una fundación*, cit., pp. 238-243 y concordantes.

menos el 25 por 100, debiendo aportarse el resto en un plazo inferior a cinco años contados desde el otorgamiento de la citada escritura». La necesidad de acreditar ante el Notario la realidad de la aportación la impone el antes citado artículo 10.b) de la Ley estatal y se reitera parcialmente en el 12.2, que también contempla la aportación sucesiva y los requisitos de ésta, exactamente en los mismos términos.

2. En cuanto a la previsión del apartado 2 del artículo 9 de la Ley autonómica, sí que comporta un elemento nuevo, al disponer que «las aportaciones no dinerarias deberán valorarse de acuerdo con los criterios establecidos para la valoración de las aportaciones a las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada», algo que no se contempla en la Ley 50/2002 —que se limita a exigir la incorporación a la escritura de constitución de «tasación realizada por un experto independiente»— y que quizás, puestos a establecer tal disposición, hubiera sido más directo remitir a lo dispuesto para las sociedades anónimas.

3. Más importancia tiene lo dispuesto en el apartado 3 del mismo artículo 9 de la Ley autonómica, que reconoce como posible «dotación fundacional los compromisos de aportaciones de terceros si están garantizados formalmente por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, debiendo constar las garantías en la escritura de constitución». No se opone a las normas de la Ley del Estado, aunque el artículo 12.5 niegue con razón la consideración de dotación al «mero propósito de recaudar donativos». Constituye, pues, una aclaración positiva, por más que lo mismo podría haberse hecho a nivel propiamente reglamentario.

4. Otros requisitos sustantivos

La Ley de Castilla y León no contiene más exigencias sobre las fundaciones y su constitución, de orden sustantivo, salvo indirectamente. Pero no cabrá olvidar la aplicación de las establecidas en la Ley 50/2002 en razón de la necesaria integración de los Estatutos en el acto fundacional [art. 10.d)] con todo el contenido necesario que han de tener éstos según su artículo 11 y con cuantas precisiones se contienen en la misma Ley sobre elementos destacados de ese su contenido como los relativos a su denominación [arts. 5 y 10.1.a)], los fines y el modo de determinar a los beneficiarios o el modo de aplicar sus recursos [arts. 3 y 10.1.b) y d)], su domicilio [arts. 6 y 10.1.c)] o, en fin, su organización y, consiguientemente, su Patronato [art. 10.1.e)], del que enseguida vamos a hablar.

5. *Requisitos formales de validez y eficacia*

1. Para la válida constitución de las fundaciones, la Ley 50/2002 (art. 9) exige que las *inter vivos* se formalicen en escritura pública y lo mismo ocurre con las *mortis causa* en las que el testamento sólo contenga la voluntad de crear una fundación y de disponer de los bienes y derechos de la dotación, pero no complete todos los requisitos que el artículo 10 exige que deben constar en la escritura de constitución. Puede ser suficiente, sin embargo, el testamento, sin que la Ley exija que esté a su vez directamente expresado en documento público, pudiendo por tanto ser ológrafo (Código Civil, arts. 678 y 688 y ss.) o adoptar la forma —que no deja de incluir una intervención notarial— de cerrado (Código Civil, arts. 680, 706 y ss.). Como dijimos, el artículo 7 de la Ley 13/2002 de Castilla y León reitera la exigencia formalmente constitutiva de la escritura pública en los mismos términos que la Ley estatal: en el apartado 2 para las fundaciones *inter vivos* y en los apartados 3 y 4, para las *mortis causa*, cuando necesiten ser complementadas en escritura complementaria del testamento, lo que —como ya dice la Ley estatal y aquí se repite— corresponderá a los albaceas, en su defecto a los herederos testamentarios y, si éstos no existieran («o incumplieren su obligación», puntualiza además la Ley estatal), a la persona que designe el Protectorado.

2. Ya hemos dicho que hay además otro importante requisito formal establecido por las leyes para las fundaciones, pero no para su válida constitución sino para la plenitud de su eficacia, aunque, como condiciona el reconocimiento de su personalidad jurídica, no ha dejado de generar problemas de interpretación en los que no cabe detenerse aquí. El acto fundacional —su perfeccionamiento como tal y su validez— no incluye la personificación jurídica de la organización fundacional, aunque la reclame para ser operativa y para que aquél despliegue la plenitud de la eficacia que el ordenamiento le permite.

El requisito al que nos referimos es además estrictamente obligatorio para las fundaciones ya constituidas. Se trata de su inscripción en el registro administrativo correspondiente (art. 13 de la Ley 50/2002). Las fundaciones cuya actividad se desarrolle principalmente en el territorio de Castilla y León, objeto específico de la Ley 13/2002, habrán de inscribirse en el Registro de Fundaciones de esta Comunidad Autónoma al que luego nos referiremos. El artículo 7 habla de «inscripción constitutiva», pero ha de entenderse en el sentido expuesto, pues la Ley autonómica no puede alterar la naturaleza ni de los actos constitutivos de las fundaciones ni de su inscripción registral. El precepto saca las consecuencias del papel que el artículo 9.4 asigna en cuanto a la escrituración de las donaciones *mortis causa* efectuadas en testamento de modo

incompleto, y asigna a albaceas, herederos testamentarios o, finalmente, a quien designe el Protectorado la aptitud y la obligación de proceder a la inscripción correspondiente (apartados 3 y 5), mientras que, de otro lado, reconoce expresamente en el apartado 4 que «si las disposiciones testamentarias contienen todos los requisitos exigidos en la legislación aplicable, la inscripción constitutiva (vuelve a incluir incorrectamente este adjetivo, que en su efecto “constitutivo” no podrá referirse a la fundación en sí sino a su personificación jurídica y su consiguiente eficacia plena) puede interesarse directamente aportando al Registro el documento notarial en que consten las últimas voluntades del fundador», lo que no hay razón para entender que no sea aplicable lo mismo al testamento abierto (arts. 679 y 694 y ss. del Código Civil) o incluso al cerrado, que al ológrafo, aunque si el testamento es de este último tipo parece que deberá haberse producido ya la protocolización notarial por orden judicial del artículo 693 del Código.

Para las constituidas por actos *inter vivos*, el artículo 4 del Reglamento de 2005 obliga a solicitar la inscripción en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura, fijando también diversos plazos para las que se constituyan *mortis causa*.

3. Hay que advertir que el artículo 42 del Reglamento de Fundaciones, de 2005, contiene un régimen algo especial para las fundaciones que gestionen la totalidad o parte de la obra social de las Cajas de Ahorro de Castilla y León. Necesitan autorización de la Consejería competente en materia de entidades de crédito, previa a su inscripción en el Registro de Fundaciones. Tal Consejería es hoy la de Economía y Empleo, a través de su Dirección General de Economía, Política Financiera y Asuntos Europeos.

V. Gobierno

El modelo organizativo de las fundaciones de Castilla y León reproduce el generalmente establecido en el Capítulo III de la Ley 50/2002, de heterogénea fundamentación en cuanto a las competencias normativas estatales de que se considera expresión.

1. Patronato

A) *Carácter, composición y organización*

1. Desde luego, el órgano capital es el Patronato, como exige con carácter básico el artículo 14 de la Ley estatal, cuyo apartado 1 se reproduce en su primer inciso en el artículo 10.1 de la Ley autonómica. No se ocupa ésta, en

el Título III, dedicado específicamente al gobierno de la fundación, de las funciones del Patronato, sintetizadas en el apartado 2 del citado artículo 14 de la Ley estatal.

2. Reiterando previsiones del artículo 15 de la Ley estatal —que es sólo supletorio para las fundaciones competencia de las Comunidades Autónomas— el apartado 2 del artículo 10 exige que se componga de, al menos, tres miembros, sean éstos personas físicas o jurídicas.

3. El artículo 11.1 de la Ley autonómica, en cuanto a la forma de designar al Presidente y al Secretario, se atiene a las pautas —en rigor no obligatorias— del artículo 14.1 de la estatal, con la única variación de que se establece como norma supletoria, respecto de los Estatutos o la escritura fundacional, que también el Secretario deba ser designado entre los patronos, aunque, luego, en el apartado 3, el mismo artículo dice que las funciones del Secretario «podrán ser desempeñadas por personas físicas que no ostenten la condición de miembros del mismo, con voz y sin voto», que es lo que también dice la Ley estatal pero sin excluir esta posibilidad cuando no la prevean los Estatutos o la escritura fundacional. El apartado 2 del mismo artículo 11 explicita las funciones del Presidente según un modelo clásico (presidencia de las reuniones del Patronato y dirección de sus debates, así como representación de la Fundación), de lo que no se ocupa la Ley estatal, precisándose que el Patronato puede delegar la representación que, en principio, corresponde al Presidente «en alguno de sus miembros» o bien otorgar «poder notarial al efecto, específico o genérico», parece, obviamente, que a favor de tercero.

El artículo 6 del Reglamento de 2005 exige la inscripción en el Registro de Fundaciones de los acuerdos del Patronato sobre distribución de cargos entre sus miembros, que debe solicitarse en plazo de dos meses.

Veremos enseguida cómo resuelve la Ley autonómica la cuestión de la sustitución temporal de uno y otro cargo del Patronato cuando sea necesaria por su imposibilidad temporal de ejercerlos.

B) *Estatuto personal de los patronos*

1. El citado artículo 10.2 de la Ley 13/2002, reiterando de nuevo previsiones del 15 de la Ley 50/2002, requiere que, si los patronos son personas físicas, tengan plena capacidad de obrar, no estén inhabilitadas para cargos públicos y desempeñen el cargo personalmente, y que, si son personas jurídicas, actúen éstas por personas físicas acreditadas como sus representantes. Pero, a diferencia del texto estatal que admite de manera aparentemente general que los patronos personas físicas puedan designar a otros miembros del Patronato

para que actúen en su nombre y representación «para actos concretos» y con el deber de «ajustarse a las instrucciones que, en su caso, el representado formule por escrito», el texto autonómico no contempla esta posibilidad en esos términos generales, sino de forma en parte más limitada y en parte más amplia, sólo en relación con el supuesto en que las personas físicas designadas como patronos lo sean «por razón del cargo que ocuparen en otras entidades o instituciones», aunque para tal caso se admita también —como al final del 15.5 de la Ley estatal— que pueda «actuar en su nombre la persona a quien corresponda legalmente la sustitución en dicho cargo». Estos patronos —sólo éstos, parece decir el art. 10.3— «también podrán delegar, con carácter permanente —no sólo, pues, para actuaciones concretas—, el desempeño de sus funciones en otra persona dependiente de la entidad en la que desempeñaren el cargo por razón del que les corresponde ser miembros del Patronato».

Lo dispuesto en el apartado 5 del citado artículo 10, por otra parte, es completamente obvio: «los patronos habrán de cumplir sus funciones con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y en los Estatutos de la Fundación».

2. Cabe señalar las relativas incompatibilidades de los patronos dispuestas en el artículo 26 de la Ley 13/2002, dentro del Título V, dedicado al funcionamiento y actividad de la fundación: se les prohíbe la contratación con la fundación, en nombre propio o de un tercero, sin previa autorización expresa del Protectorado, que habrá de hacerse constar en el Registro de Fundaciones, y, a la vez, «en el supuesto de que una persona, física o jurídica, vinculada contractualmente con la fundación pase a formar parte del Patronato de la misma, la aceptación del cargo quedará en suspenso hasta que el Protectorado, a instancia del Patronato o del patrono afectado, declare la compatibilidad de ambas situaciones o transcurra el plazo establecido sin que manifieste su disconformidad». En realidad, el artículo 28 de la Ley 50/2002 —con carácter supletorio para las fundaciones de ámbito autonómico y con una ubicación sistemática similar a la de la norma autonómica— viene a disponer lo mismo, aunque con una formulación no prohibitiva sino facultativa con sometimiento a la previa autorización del Protectorado.

Para las fundaciones que gestionen la obra social de las Cajas de Ahorro de Castilla y León habrá que tener en cuenta las incompatibilidades del artículo 18 del Decreto 39/2004, de 22 de abril, por el que se regula esa obra social.

3. El artículo 12 de la Ley autonómica reitera y puntualiza en algún aspecto lo ya determinado por el artículo 15.3 de la estatal en términos más sintéticos, adaptando, por supuesto, las menciones al Registro a lo propio de las fundaciones del ámbito regional: que los patronos «no podrán ejercer sus fun-

ciones sin la previa aceptación formal y expresa de sus cargos en documento público, en documento privado con firma legitimada por notario o mediante comparecencia realizada al efecto en el Registro de Fundaciones de Castilla y León» y que la aceptación «por parte de las personas jurídicas —esto no lo prevé la Ley estatal, pero va de suyo— deberá efectuarse por quien ostente la representación legal de las mismas». La posibilidad adicional contemplada sin más en la Ley estatal de que «asimismo, la aceptación se podrá llevar a cabo ante el Patronato, acreditándose a través de certificación expedida por el Secretario, con firma legitimada notarialmente», se expresa igualmente en el segundo párrafo del artículo 12.1 de la Ley autonómica, pero restringiendo expresamente esta posibilidad —como parece implícito en la previsión estatal— al caso de los patronos «que hayan de incorporarse con posterioridad a la inscripción de la Fundación y constitución del primer Patronato», y añadiendo que la certificación del Secretario debe llevar «el visto bueno del Presidente», como, por lo demás, suele ser praxis y regla común en ese tipo de actos en todo tipo de entidades. La Ley autonómica fija además, en fin, «el plazo de dos meses desde que se efectúe» el cumplimiento del deber de inscripción de la aceptación en el mencionado Registro, «a instancia de los aceptantes o del Patronato».

4. El artículo 15 de la Ley 13/2002, complementa en cierta medida las previsiones del 18 de la Ley 50/2002 sobre sustitución, cese y suspensión de patronos (que se consideran legislación civil competencia del Estado en sus apartados 1, 2 y 4, y legislación procesal estatal en su apartado 3), añadiendo al comienzo —aun sin cambiar las menciones con las que se sintetiza el contenido del precepto— una regulación de la sustitución temporal no ya de los patronos sino «de los distintos cargos dentro del Patronato», por su «imposibilidad temporal», diciéndose que se estará a «la forma prevista en los Estatutos» y que, de no existir reglas aplicables en éstos, habrá de ser el mismo Patronato quien designe «a los patronos que deben realizar provisionalmente las funciones de Presidente y Secretario».

La sustitución definitiva o sucesión de los patronos se regula siguiendo las pautas del citado artículo 18 de la Ley 50/2002, pero introduciendo cambios de alguna entidad. «Las vacantes (...) se cubrirán de la forma prevista en los Estatutos» —dice el 15.2 de la Ley autonómica— y «si mediante el procedimiento previsto no pudieran cubrirse las vacantes producidas y el número de miembros activos del Patronato fuera inferior a tres (precisión no contenida en la Ley estatal), deberá promoverse la correspondiente modificación estatutaria en los términos previstos en la» propia Ley, debiendo el Protectorado «designar las personas que formarán parte del Patronato provisionalmente, hasta que se produzca la modificación estatutaria y se incorporen los nuevos

miembros». También esta última referencia —que parece de toda lógica— es un añadido a la Ley estatal que, con una redacción bastante ambigua, parece facultar al Protectorado o bien para hacer esa designación antes de la modificación estatutaria o bien para hacerla con efectos sólo hasta esa modificación, lo que no tendría mucho sentido. Además la norma autonómica es imperativa en cuanto a esta intervención del Protectorado y sólo facultativa la estatal. ¿Puede la ley autonómica introducir estos cambios de sentido en la legislación civil competencia del Estado? Formalmente parece difícil justificarlo.

En cuanto al cese de los patronos, el artículo 15.3 de la Ley 13/2002 se remite íntegramente a la Ley estatal, que, en efecto, lo regula en el 18.2 y 3 de la Ley 50/2002, donde se contiene un largo listado de causas y la posibilidad también de que sea acordado cautelarmente por el juez cuando se entable contra ellos acción de responsabilidad. Uno de los supuestos —contemplado en la letra h) del 18.2 citado— es la «renuncia, que podrá llevarse a cabo por cualquiera de los medios y mediante los trámites previos para la aceptación». A ella se refiere de modo particular la Ley 13/2002, al tratar precisamente de la aceptación en el artículo 12, en cuyo apartado 3 se hace una remisión a lo dispuesto por las disposiciones estatales de aplicación general y se remacha que «deberá inscribirse en el Registro de Fundaciones de Castilla y León, en el plazo de dos meses desde que se efectúe». Pero de todo supuesto de sustitución, cese y suspensión de patronos dice también el artículo 15.4 de la Ley autonómica —como el 18.4 de la estatal— que debe inscribirse en tal Registro.

5. En punto a la responsabilidad de los patronos, el artículo 16 de la Ley autonómica remite de hecho a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 50/2002, en cuanto al deber de diligencia y a su responsabilidad. Recuérdese que ese precepto contempla la acción de responsabilidad ante la autoridad judicial que en nombre de la fundación pueden ejercer el propio Patronato, previo acuerdo en cuya adopción no puede participar el patrono afectado, el Protectorado o los patronos disidentes o ausentes, así como el fundador cuando no fuere patrono.

6. El cargo de patrono es gratuito, tal y como se dispone ya en el artículo 15.4 de la Ley 50/2002 y se viene a reiterar en el 13.4 de la autonómica 13/2002. Pero, como ambas normas disponen, sí tienen derecho a ser reembolsados de los gastos que les origine el desempeño de sus cargos, previa su justificación. La Ley autonómica puntualiza esto último diciendo que «salvo disposición en contrario del fundador», lo que no deja de tener un alcance un tanto ambiguo. Añade también la Ley autonómica, en el apartado 2 de este mismo artículo 13, que «la Junta de Castilla y León establecerá el porcentaje de las rentas e ingresos de las Fundaciones que como máximo pueden desti-

narse a sufragar los gastos del Patronato», que comprenden los mencionados que haya que reembolsar a los patronos y los «derivados de la celebración de» sus «sesiones», como concreta el apartado 1, sin perjuicio de que, como se indica en el apartado 2, los Estatutos de cada fundación puedan establecer «un porcentaje inferior al señalado reglamentariamente». El artículo 12 del Reglamento de 2005 lo ha fijado en el 10%. Nada dice la Ley autonómica sobre la posibilidad de que el Patronato retribuya a los patronos los servicios que presten a la fundación distintos de los implicados en sus funciones como tales patronos, que es algo que permite en artículo 15.4 de la Ley estatal, aunque a condición de que el fundador no hubiera dispuesto lo contrario con la exigencia de una previa autorización del Protectorado».

C) *Delegación de sus facultades y apoderamientos para su representación*

1. La regulación que de estas dos instituciones se contiene en el artículo 16 de la Ley 50/2002 es —un tanto sorprendentemente— meramente supletoria de la que puedan adoptar las Comunidades Autónomas. Así el artículo 14 de la Ley 13/2002 se ocupa de ellas con respecto a las fundaciones del ámbito regional de Castilla y León, reiterando los criterios de la Ley estatal pero completándolos con criterios más restrictivos y algunos desarrollos específicos.

2. Por lo que se refiere a la delegación de facultades o competencias del Patronato, la Ley autonómica admite, igual que la estatal, que, salvo prohibición estatutaria, éste pueda acordarla «en uno o más de sus miembros», «salvo las referidas a los (...) supuestos» que detalla en un listado que va ahora de la a) a la g), tras ser eliminado, con su reforma por la Ley 12/2003, el originario supuesto g) («otorgamiento de poderes») y pasar a ocupar su lugar lo que era inicialmente el supuesto h). El listado comprende las exclusiones contempladas por la Ley estatal (modificación de Estatutos, aprobación de cuentas y planes de actuación, fusión y liquidación o extinción de la fundación y actos que requieran la autorización del Protectorado), pero añade otras: interpretación de los Estatutos, aprobación de memorias y presupuestos de la fundación, establecimiento de reglamentos de régimen interior de los centros que, en su caso, gestione, y establecimiento de reglas para determinar los beneficiarios de la fundación, cuando el Patronato tenga atribuida esta facultad. Equipara además a los actos que requieran autorización del Protectorado, los que requieran su ratificación.

Además, el apartado 2 del artículo 14 de la Ley autonómica contempla expresamente la posibilidad de que, «siempre que el volumen de gestión o cualquier otra circunstancia lo aconsejen, el Patronato podrá acordar la constitu-

ción de comisiones ejecutivas formadas por el número de patronos que determine y con la denominación que estime conveniente». Parece que se contemplan como órganos de mera delegación de competencias o facultades del propio Patronato, sujeta, desde luego —como explicita este mismo apartado— a las limitaciones ya indicadas.

Tras la reforma operada por la Ley 12/2003, un nuevo apartado 3 del artículo 14 amplía la posibilidad de delegaciones a los órganos subordinados de que enseguida hablaremos, estén o no formados por patronos, lo que supone un cambio institucional respecto a la regulación anterior a dicha Ley e incluso respecto a la regulación del artículo 16 de la Ley estatal 50/2002, que no contempla de manera explícita este tipo de delegación. Por supuesto, también esta delegación tiene los límites ya señalados.

3. En cuanto a los apoderamientos, el actual apartado 4 —3, hasta la Ley 12/2003— repite literalmente el texto del artículo 16.3 de la 50/2002, intercalando únicamente la aclaración de que los «poderes generales o especiales» que «el Patronato podrá otorgar», «salvo que los Estatutos dispongan lo contrario», lo son «para la representación de la Fundación ante todo tipo de personas y entidades».

4. También como la Ley estatal (art. 16.4), aunque lógicamente adaptado al ámbito regional de las fundaciones, el 14 de la Ley 13/2002 concluye con un apartado 5 —4, antes de la Ley 12/2003— en el que se establece la exigencia de que «las delegaciones, apoderamientos y su revocación deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones de Castilla y León».

D) *Sustitución temporal por el Protectorado, particularmente en caso de «intervención»*

1. Tanto la Ley estatal [art. 35.1.g)] como la autonómica (art. 33, penúltima de las funciones asignadas por él al Protectorado) disponen que corresponde al Protectorado «ejercer provisionalmente las funciones de gobierno y administración —transcribimos la redacción del texto autonómico— de las fundaciones en que no exista Patronato en los términos que dispone la presente Ley, así como en los supuestos de intervención temporal acordados por el órgano judicial competente».

2. Sobre esta intervención temporal, la Ley autonómica se limita a disponer que «el Protectorado promoverá la inscripción en el Registro de Fundaciones de Castilla y León de la resolución judicial que acuerde la intervención temporal de la fundación», por lo que asume el régimen que para ésta dispone el artículo 42 de la Ley 50/2002, declarado parte de la «legislación ci-

vil de aplicación general». Se recordará que se trata de algo excepcional para casos de «grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación» o de «desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada», cuya solicitud a la autoridad judicial por el Protectorado requiere previa audiencia del Patronato y previo requerimiento de adopción de las medidas de corrección pertinentes en plazo determinado.

2. *Órganos subordinados*

1. La principal novedad introducida por la Ley 12/2003 en el artículo 14 de la Ley 13/2002 —un tanto fuera de la materia anunciada por su rúbrica, que no sufrió cambio alguno—, al intercalar su nuevo apartado 3, consistió en abrir expresamente la posibilidad —ya establecida poco antes en el apartado 2 del artículo 16 de la Ley 50/2002, inexistente, en cambio, en la Ley 30/1994— de que «los Estatutos podrán prever la existencia de otros órganos, colegiados o unipersonales, subordinados al Patronato, que podrán estar formados tanto por patronos como por personas en quienes no concurra tal condición. La elección y cese de las personas físicas o jurídicas que constituyan dichos órganos corresponderá en todo caso al Patronato, que deberá seguir para ello el procedimiento estatutariamente establecido. Estos órganos desempeñarán las funciones y competencias que expresamente les atribuyan los Estatutos», aunque, como ya hemos advertido, también se les puedan delegar otras «con posterioridad» en los términos explicados. No se trata ya, por tanto, de órganos delegados —aunque puedan serlo además ocasionalmente o de modo más o menos permanente— sino de órganos desconcentrados, que se prevén obviamente para la administración o gestión subordinada de la Fundación, o para servir de asistencia al Patronato. La desconcentración —la asignación estatutaria directa de funciones y competencias— tendrá los mismos límites establecidos para la delegación, como se ocupa de precisar el último inciso del mismo apartado 3 de este artículo 14. Lo que está excluido por el artículo 14.1 de la delegación, lo está también, por tanto, de toda posibilidad de desconcentración estatutaria; son funciones exclusivas del Patronato por imperativo de la Ley.

2. La exigencia del apartado final del artículo 14 de obligatoria inscripción de las delegaciones, apoderamientos y su revocación, no hace mención alguna de lo relativo a estos órganos subordinados —salvo lo que se le aplique, obviamente, de la delegación—, pero ello es lógico, porque su existencia y el alcance de sus funciones deberán constar en los Estatutos de la fundación, constando por tanto plenamente en el Registro.

VI. Régimen patrimonial

1. *Tipos de bienes y derechos del patrimonio fundacional: deberes en cuanto a su inscripción en Registros públicos y destino de sus rentas y demás «ingresos»*

1. En el patrimonio de toda fundación, tanto la Ley 50/2002 como la Ley 13/2002 distinguen lo que constituye la denominada dotación fundacional y los demás bienes o derechos no afectados ni vinculados de modo permanente a los fines de la fundación, ni, por tanto, incluidos en aquélla. El artículo 19.1 de la Ley estatal, que así viene a establecerlo, se califica de «legislación civil de aplicación general». Entre los bienes no dotacionales habría que computar, con una caracterización específica, los que entren en la titularidad de la fundación en concepto de «ingresos», y, en particular, de los «netos», comprensivos de «todas las rentas e ingresos» de la fundación, «deducidos los gastos directamente necesarios para su obtención», como dice el artículo 25 de la Ley 13/2002. La noción de rentas se refiere a lo que el artículo 23 de esta misma Ley denomina «recursos que provengan del rendimiento de su patrimonio», y son, en realidad, un cualificado tipo de ingreso. Los demás ingresos incluirán lo que el mismo artículo 23 denomina «recursos netos que reciba (la fundación) de la realización de actividades mercantiles» y «por los servicios que preste, siempre que su precio no implique una limitación injustificada de los beneficiarios», pero parece que también «las ayudas, subvenciones y donaciones de personas públicas y privadas» —asimismo mencionadas en dicho art. 23—, al menos en el ejercicio en que se perciban y siempre que, naturalmente —como puntualiza el art. 27.1, párrafo segundo de la Ley estatal 59/2002—, no se trate de «aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial». Advierte igualmente el mismo precepto estatal que tampoco son «ingresos» en este sentido los «obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia». Y habrá que excluir asimismo los bienes o derechos que se obtengan en la enajenación de los que formen parte del patrimonio, salvo en lo que comporten un incremento de valor si los elementos enajenados no formaban parte de la dotación, pues en cuanto a ésta rige, como diremos, un principio propio de todo patrimonio diferenciado para el mantenimiento de su integridad autónoma.

El artículo 12.4 de la Ley del Estado —a título de legislación civil de aplicación general— incluye expresamente en la dotación, junto a los que la constituyan inicialmente, «los bienes y derechos de contenido patrimonial que

durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o terceras personas» o los «que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales». Luego, el artículo 21.2 —desprovisto, sin embargo, sorprendentemente de aquella aplicabilidad general— dice que «se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados», pudiéndose realizar también esta «vinculación» «por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial». Salvo esto último, en realidad, más allá de las fórmulas redaccionales, parece que este artículo 21.2 no dice nada que no dijera, aun de otro modo, el artículo 12. Caben, no obstante, dudas sobre si es o no lo mismo el concepto de «bienes o derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales» y el de los «afectados» a estos fines, porque puede entenderse que la redacción que presenta a veces de forma interpretable como alternativa a los bienes y derechos de la dotación y a esos vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, estaría queriendo distinguirlos. Como si para la integración en la dotación no bastase el dato fáctico de la vinculación directa a los fines, sino que requiriese además un acto formal de afectación expresa¹⁹. En cualquier caso, tal sería el contexto en el que habría que entender el artículo 18.1 de la Ley autonómica cuando afirma que «tendrán la consideración legal de dotación fundacional» «los bienes y derechos, así como las inversiones financieras (nada añade realmente esta innecesaria particularización), que sean donados o legados por cualquier persona o entidad (...) si se afectan al cumplimiento de los fines fundacionales».

Los apartados 2 y 3 del mismo artículo 18 de la Ley autonómica integran en la dotación fundacional expresamente —con expresión no muy atinada— «las inversiones realizadas con subvenciones de capital, sean públicas o privadas» en todo caso, y «las donaciones o legados» consistentes «en aportaciones dinerarias» sólo «cuando lo indique expresamente quien los aporte», pues, de otro modo, «a falta de dicho pronunciamiento se entenderá que están destina-

¹⁹ Si, como escribe MORILLO GONZÁLEZ, la dotación ha de servir de «fondo patrimonial para la producción de rentas o medios económicos que hagan posible la realización de los fines» (*El proceso de creación...*, cit., p. 38), querría decirse que bienes o derechos utilizados directamente —no en las rentas o medios económicos que generen— para los fines fundacionales, como por ejemplo inmuebles en que se desarrollan sus actividades, no serían ni podrían ser dotacionales, aunque estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, pero no hay base legal cierta para este planteamiento.

das a financiar los gastos de las actividades de la Fundación para el cumplimiento de sus fines», sin formar parte por lo tanto de la dotación.

2. Prohíbe el apartado 4 del artículo 18 de la Ley 13/2002 que las fundaciones puedan tener «participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales» y, en consecuencia, «si la fundación recibe donaciones, herencias o legados que incluyan participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles personalistas, deberán promover la transformación de las mismas en sociedades mercantiles en las que los socios tengan limitada la responsabilidad», y «si la participación fuera minoritaria o no pudiera llevarse a cabo la transformación por cualquier circunstancia, deberá enajenarse la participación de forma inmediata», aunque, «si resulta perjudicial para los intereses de la fundación efectuar la enajenación en un plazo inferior a tres meses, deberá solicitarse autorización del Protectorado para mantener la participación durante el tiempo que aconsejen las circunstancias».

En realidad, se reitera y desarrolla con ello lo establecido en el artículo 24.3 de la Ley 50/2002, que es otra norma a la que su disposición final 1.^a priva, sin claras razones, de la cobertura competencial del artículo 149.1 de la Constitución. El citado artículo 24.3, con todo, pone un plazo máximo de un año para transformar las sociedades con responsabilidad personal ilimitada en otras en que ésta esté limitada. Será de aplicación, en razón de la supletoriedad del Derecho estatal (149.3 de la Constitución).

3. Particularizando lo dispuesto —supletoriamente— por el artículo 20 de la Ley estatal, el 17.2 de la Ley autonómica establece que «la fundación debe figurar como titular de todos los bienes y derechos que integran su patrimonio en todos los Registros y oficinas públicas en que deban estar inscritos, y se inscribirán —además— en el Registro de Fundaciones de Castilla y León».

4. Por lo que se refiere a los «ingresos netos», en el sentido que quedó expuesto, el artículo 25.1 de la Ley autonómica dispone que «al menos el 70 por 100 de los ingresos netos que obtengan deberá destinarse a la realización de actividades para el cumplimiento de los fines fundacionales en un plazo no superior a los tres ejercicios siguientes a aquél en que se perciban, debiéndose destinar el resto, deducidos los gastos del Patronato —y habrá que entender que igualmente de los demás órganos de la fundación—, a incrementar el patrimonio fundacional». A diferencia de lo que se disponía en el artículo 25.1 de la Ley 30/1994, no se refiere a estos efectos específicamente al dotacional, por lo que, a tenor del artículo 27.1 de la Ley 50/2007, que establece un mandato similar (supletorio, y alargando el plazo mencionado en un año más a los tres que también se habían establecido en la Ley 30/1994), habrá que en-

tender que lo mismo podrá incrementarse la dotación que las reservas (no dotacionales) por acuerdo del Patronato. El apartado 2 del mismo citado artículo 25 advierte que nada de lo en él dispuesto afecta al régimen de la incorporación de bienes y derechos que tengan la consideración de dotación fundacional, conforme se dispone en el artículo 20, pero se trata de una advertencia de sentido nada claro, que, desde luego, nada añade ni quita y que, por lo tanto, parece completamente innecesaria.

El mandato, en fin, del artículo 22.5 de que «en todo caso, el resultado neto de las actividades mercantiles (de cada fundación) deberá destinarse al cumplimiento de los fines de la fundación», parece que habrá de integrarse en lo dicho, aplicándose a ese «ingreso neto» el mismo régimen expuesto.

2. *Enajenación y gravamen*

1. Lógicamente, como dice el artículo 17.1 de la Ley 13/2002 (igual que el 19.2 de la Ley 50/2002, con valor supletorio), es al Patronato al que le corresponde la administración y, desde luego, la disposición sobre el patrimonio de la Fundación «en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley y en el resto del ordenamiento jurídico». El artículo 19.1 le habilita expresamente para «acordar la enajenación y gravamen de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio de la fundación, cuando resulte conveniente para los intereses de la misma». Pero vamos a ver a qué exigencias específicas se condicionan tales decisiones en la Ley.

2. El apartado 2 del artículo 19 obliga en primer término a aplicar a las enajenaciones un principio general procedimental, pero cuya concreción admite diversas modalidades no reguladas y, sobre todo, que puede ser excepcionado en virtud de una cláusula abierta que remite a «los casos en que las circunstancias determinen la conveniencia de utilizar otros sistemas».

3. Más importante es el requisito de la previa autorización del Protectorado que se impone en el apartado 3 del mismo artículo a toda enajenación, carga o gravamen relativa a elementos de la dotación fundacional (incluidos los bienes o derechos «vinculados directamente al cumplimiento de fines» de la fundación, formen o no parte de la dotación) e incluso a la referente a bienes o derechos no dotacionales cuyo «valor sea superior al 20 por 100 del valor total del grupo de bienes o derechos de la fundación de la misma naturaleza». Con respecto a los bienes y derechos de la dotación —y los «directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales»— ya lo dispone también la Ley 50/2002 en su artículo 21.1 —que añade además que el Protectorado habrá de conceder la autorización «si existe justa causa debidamente

acreditada»—, con valor supletorio. Pero el tratamiento de los bienes y derechos no dotacionales en la Ley estatal, como enseguida diremos (excluyendo los «directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales» si pueden entenderse no integrados en la dotación), aunque con el mismo mero valor supletorio, es distinto, incluidos los «establecimientos mercantiles, industriales o comerciales» a cuya enajenación el apartado 4 del artículo 19 de la Ley autonómica extiende asimismo la necesidad de la autorización previa. Por lo demás, el apartado 5 puntualiza algo lógico para la estructura patrimonial de las fundaciones: que «los bienes y/o derechos que se obtengan como contraprestación» en las enajenaciones de elementos de la dotación, se subrogarán en la posición de éstos, integrándose por tanto en ella.

4. El último inciso del apartado 3 del mismo citado artículo 19 de la Ley autonómica exige para «la transmisión de bienes o derechos de la fundación en los supuestos en que no sea necesaria la previa autorización del Protectorado» su mera comunicación «de forma detallada al mismo, en un plazo no superior a un mes desde la celebración del correspondiente negocio jurídico».

El artículo 21.3 de la Ley 50/2002 aplica esta obligación —aunque en plazo distinto y más amplio de treinta días hábiles— a los actos de disposición de los bienes y derechos no dotacionales, «incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como de aquellos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado». Y en un segundo párrafo del mismo apartado, este precepto añade que «el Protectorado podrá ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, cuando los acuerdos del Patronato fueran lesivos para la fundación en los términos previstos en la Ley». La disposición final 1.^ª3 de la Ley 50/2002 califica a este segundo párrafo de «legislación procesal (...) de aplicación general», pero no al párrafo primero, que no tiene otro valor normativo para las fundaciones del ámbito regional que el meramente supletorio. La contradicción, pues, entre lo que en él se dispone y la regulación más exigente de la Ley autonómica, se resuelve, sin problemas formales, a favor de la aplicación prioritaria de ésta, aunque ello pueda suscitar algunas dudas sobre la corrección constitucional del limitado valor asignado a preceptos como éste por la propia Ley estatal, como venimos observando en más de un momento.

5. En fin, el último apartado del artículo 19 de la Ley autonómica reitera y a la vez modifica lo dispuesto por el último del 21 de la Ley estatal, obligando a inscribir en el Registro de Fundaciones de Castilla y León «todas las enajenaciones y gravámenes, y en general todas las alteraciones superiores al 10

por 100 del activo de la Fundación computables al término de cada ejercicio económico».

3. *Aceptación y repudio de herencias, legados y donaciones*

1. El artículo 20 de la Ley 13/2002 reconoce que «el Patronato, previa autorización del Protectorado, podrá repudiar herencias, legados o donaciones cuando considere de forma motivada que su aceptación no es conveniente a los intereses de la fundación». Y dispone además, en su apartado 2, que «la aceptación de legados o donaciones con cargas que impliquen para la fundación obligaciones ajenas al cumplimiento de los fines fundacionales, sólo podrá efectuarse con autorización previa del Protectorado».

2. Se trata de algo sobre lo que incide la regulación estatal del artículo 22 de la Ley 50/2002, que está calificado de «legislación civil de aplicación general» por la disposición final 1.^a 2.b), «excepto el último inciso». ¿Respeto la Ley autonómica lo aquí establecido?

Dispone ahí la Ley estatal que «la aceptación de herencias por las fundaciones se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario» y nada dice en contra de esto la Ley autonómica, ni sobre lo que aún se añade a renglón seguido de ese texto del artículo 22.1 de la Ley 50/2002 sobre la responsabilidad de los patronos frente a la fundación por la pérdida del beneficio de inventario por los actos a que se refiere el 1.024 del Código Civil (dejar de incluir en el inventario a sabiendas alguno de los elementos de la herencia, o enajenarlo sin autorización judicial o de todos los interesados antes de completar el pago de las deudas y legados, o no dar al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederse la autorización).

Pero el apartado 2 de este mismo artículo 22 de la Ley estatal somete la aceptación de legados o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas a mera comunicación al Protectorado en plazo máximo de diez días hábiles. No es fácil concordar con estas normas —dotadas de carácter prevalente— las de la Ley autonómica. ¿Puede el legislador autonómico exigir una autorización previa en supuestos para los que, conforme a la Ley estatal, basta la comunicación previa? Ambos no son sino mecanismos de control preventivo, pero la autorización comporta un plus restrictivo, aun cuando, si se le aplica un silencio administrativo positivo, se aproxima mucho a la exigencia de mera comunicación. No parece que el legislador autonómico pueda imponer restricciones al gobierno y gestión de las fundaciones —expresión de libertades privadas— más allá de las establecidas específicamente por el legislador estatal.

VII. Régimen funcional

1. Principios

1. Remachando, con redacción un poco distinta, lo establecido por el artículo 23 de la Ley 50/2002 (privado de aplicabilidad general o de carácter básico), el 21 de la Ley autonómica 13/2002 afirma, como principio fundamental, que «todas las actuaciones de las fundaciones deben estar dirigidas al cumplimiento de sus fines», como no podría ser de otra manera, y que a ese «objetivo (...) está vinculado su patrimonio» y a él «deberán destinarse efectivamente las rentas y recursos obtenidos». Luego articula otros tres «principios» a tener en cuenta —según viene a decirse— en la gestión de las fundaciones (la Ley estatal no hace estas distinciones entre aquel primer principio y estos otros, colocándolos todos —en la medida en que los contempla— en el mismo nivel): «a) Programar las actividades fundacionales en los términos previstos en los Estatutos y en la presente Ley (no contemplado en el artículo 23 de la Ley estatal); b) Dar información suficiente de los fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados; y c) Actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios».

2. Actividades mercantiles e industriales

1. La vieja cuestión de si las fundaciones pueden o no llevar a cabo actividades económicas ²⁰, la despacha resueltamente el artículo 24 de la Ley 50/2002 —también meramente supletorio, a pesar de su relevancia— permitiéndolas el desarrollo directo de aquellas «cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia», e indirectamente «a través de su participación en sociedades (...) en las que no responda(n) personalmente de las deudas sociales». La Ley 50/2002 marcó con esto una neta diferencia con respecto a la Ley 30/1994 que no contemplaba las actividades económicas fundacionales salvo para prohibir la indicada participación de las fundaciones en sociedades mercantiles en que hubieran de responder personalmente (art. 22.1).

2. Pues bien, el artículo 22.1 de la Ley 13/2002, de Castilla y León se anticipó ya, como en otros aspectos —conociendo probablemente ya las líneas de lo que se aprobaría como Ley 50/2002 por el Estado algunos meses más

²⁰ Vid. M. PÉREZ ESCOLAR, *La actividad económica...*, cit., especialmente pp. 32 y ss.

tarde— permitiendo las actividades económicas fundacionales directas en términos similares a los vistos en la vigente Ley estatal. Y se permite incluso, en el apartado 2 del mismo artículo 22, que, «si mediante herencia, donación o legado pasa a formar parte del patrimonio de una fundación un negocio empresarial en funcionamiento que no esté constituido como sociedad mercantil, podrá continuar la fundación con la explotación directa durante el tiempo imprescindible para efectuar su transformación, dando cuenta del proceso de transformación al Protectorado».

3. Para la actuación indirecta por intermedio de sociedades mercantiles participadas, se puntualiza en el mismo artículo 22.2 que puede tratarse entonces también de actividades mercantiles independientes de los fines fundacionales, aunque manteniéndose la exigencia de que no sean sociedades personalistas y además —parece que para este preciso supuesto y no si las actividades son coincidentes o relacionadas con los fines fundacionales— «previa autorización del Protectorado». El apartado 3 considera «a estos efectos» «actividad mercantil independiente de los fines fundacionales, la participación mayoritaria en sociedades mercantiles no personalistas cuyo objeto no coincida con los fines fundacionales», entendiéndose por tal participación mayoritaria «aquella que represente más del 50 por 100 del capital social o de los derechos de voto», tanto cuando se adquiera en un solo acto, como, lógicamente, cuando se llegue a ostentar por acumulación suficiente de adquisiciones sucesivas de participaciones minoritarias (no era necesario decirlo). Ya la toma de participaciones en el capital social de entidades mercantiles superiores al 25%, sin llegar a ser mayoritarias, «deberán comunicarse al Protectorado», tal y como ordena el apartado 4 de este artículo 22, introduciendo, por tanto, un mayor control que el que prevé el artículo 24.2 de la Ley estatal sólo para cuando la participación de la fundación sea mayoritaria ²¹.

3. Régimen gestor

1. En línea con lo dispuesto por la Ley 50/2002 en su larguísimo artículo 25 —meramente supletorio—, el 24 de la Ley 13/2002, también extenso, exige al Patronato de cada fundación, en su apartado 1, llevar «un libro de actas y los libros de contabilidad exigidos por la normativa aplicable» y los «que se consideren necesarios para el buen desarrollo y control de las actividades». Todos ellos —añade— «debidamente legalizados por el Registro de Funda-

²¹ M. PÉREZ ESCOLAR ha llamado la atención sobre el más acentuado control e intervencionismo de la normativa castellano-leonesa en cuanto a las actividades fundacionales en relación con la estatal y la de otras Comunidades Autónomas (*La actividad económica...*, cit., p. 63).

ciones de Castilla y León, salvo en los supuestos en que deban legalizarse en el Registro Mercantil, de conformidad» con su «normativa reguladora».

2. En cuanto a la gestión económico-financiera, dice el apartado 2 del mismo precepto autonómico que «se regirá por los principios y criterios generales determinados en la normativa vigente», debiendo aprobar el Patronato, «antes de comenzar cada ejercicio» —dice el apartado 3— «el Presupuesto de Gastos e Ingresos, así como los cambios previstos en relación con los bienes de la fundación», remitiendo un ejemplar de lo aprobado al Protectorado para su constancia en él. Luego, «en el plazo de seis meses desde la finalización de cada ejercicio» —apartado 4— ha de «aprobar las cuentas anuales» del ejercicio y remitir al Protectorado (siguiendo los modelos, normas y criterios establecidos en la adaptación sectorial del Plan General de Contabilidad para las entidades sin fines lucrativos): «Inventario patrimonial», «Balance de situación», «Cuenta de resultados en los que conste de forma cierta la situación económica, financiera y patrimonial de la fundación», y «Memoria» con «información sobre las actividades (...), las variaciones patrimoniales habidas, los cambios en el órgano de Gobierno (...), el grado de cumplimiento del presupuesto aprobado, el cumplimiento de los fines fundacionales y de la aplicación de los recursos a los mismos, e información detallada de los importes consignados en las diferentes partidas».

El Protectorado —apartado 5— debe analizar toda esta documentación y «si considera que cumple los requisitos formales y materiales establecidos en la normativa vigente, adoptará Resolución de conformidad y promoverá su anotación y depósito en el Registro de Fundaciones de Castilla y León». Y «para comprobar el cumplimiento de los requisitos (...) de (...) las cuentas anuales, (...) podrá dirigir requerimientos al Patronato (...) para que en el plazo que señale aporte la documentación acreditativa de los datos consignados (...) y, en todo caso, antes de adoptar Resolución declarando que las cuentas presentadas no son adecuadas a la normativa vigente, deberá interesar del Patronato la subsanación y/o mejora de la documentación aportada». El apartado 7 prevé además que el Patronato o el Protectorado, por Resolución motivada, puedan acordar el sometimiento de las cuentas anuales a auditoría externa.

Las obligaciones expuestas con respecto al Protectorado son independientes «de la obligación de depositar las mencionadas cuentas en el Registro Mercantil en los casos en que así lo disponga su regulación» (recuerda el apartado 8).

3. El incumplimiento de la «obligación de presentar los documentos a que se refiere el artículo 24 o cualesquiera otros preceptos aplicables de la Ley 13/2002, o su presentación «fuera de plazo» o su no adecuación «a la nor-

mativa vigente» lleva consigo una exclusión de las fundaciones correspondientes «de las futuras convocatorias de subvenciones y ayudas públicas de la Junta de Castilla y León» o, «en su caso», la obligación de «devolverlas a la hacienda pública, de acuerdo con las bases reguladoras de las convocatorias» (disposición adicional 2.^a de esta misma Ley).

VIII. Modificación, fusión, segregación y extinción

1. *Modificación*

1. El régimen de la modificación de las fundaciones, mediante la modificación de sus respectivos Estatutos, forma parte de la «legislación civil de aplicación general» reservada al Estado y, en la Ley 50/2002, se contiene en el artículo 29, salvo su apartado 4, relativo al control del Protectorado, cuyo valor es sólo supletorio para el régimen de las fundaciones de ámbito regional. Es en este punto en el que se detiene el artículo 27 de la Ley 13/2002 de Castilla y León, para reiterar lo dispuesto, sin embargo, en la Ley estatal: la obligación de comunicación inmediata al Protectorado, «acompañando la escritura pública en la que conste» la modificación o nueva redacción de los Estatutos de que se trate, y plazo de tres meses del Protectorado —«desde la notificación al mismo del correspondiente acuerdo del Patronato», obviamente— para dictar «Resolución motivada declarando la no adecuación de la modificación estatutaria a la normativa aplicable» si «considera que la documentación aportada no reúne los requisitos formales y materiales».

2. También dispone el citado artículo 27 que, «si los nuevos Estatutos son conformes a la normativa vigente, el Protectorado promoverá» su «inscripción en el Registro de Fundaciones de Castilla y León». Parece que cabría entender que, si no se ha dictado aquella Resolución motivada declarativa de no conformidad o adecuación dentro del plazo indicado, habrá que presumir la conformidad y deberá producirse la inscripción. Aunque nada dice la Ley de modo explícito al respecto en este artículo, esta interpretación puede confirmarse a la vista de las redacciones empleadas por los artículos 28.4 y 29.1 en la regulación de la misma técnica de control aplicada a absorciones y fusiones, y estaría, en suma, en la misma línea del silencio positivo que de modo general se dispone en el artículo 35 de la misma Ley.

3. Las fundaciones que gestionen la totalidad o parte de la obra social de las Cajas de Ahorro de Castilla y León requieren, para su modificación, en virtud del artículo 42 del Reglamento de Fundaciones de 2005, autorización previa de la Consejería competente en materia de entidades de crédito (hoy la de Economía y Empleo, como ya dijimos).

2. *Absorciones y fusiones*

1. La Ley 13/2002 desdobra la figura de la fusión de fundaciones, regulada en el artículo 30 de la Ley 50/2002, de modo y con valor semejante a la modificación estatutaria, dedicando el artículo 28 a la absorción de unas por otras fundaciones y el 29 a las demás fusiones. Pero la regulación viene a ser la misma salvo lo que específicamente diremos a continuación sobre la fusión que no consista en absorción. El sistema de control por el Protectorado y el régimen de su inscripción registral son los mismos vistos para la modificación.

2. Del tenor literal de los dos preceptos autonómicos citados se desprendería que el fundador puede haber prohibido la fusión pero no la absorción, lo que no parece justificable y cabría entender que es una diferencia no amparable en la legislación civil de aplicación general establecida por el Estado. Habría que entender que también podría prohibir la absorción, aunque es lógico que sea menos razonable que algún fundador se lo plantee para la absorbente, ya que puede entenderse que, en la absorción, ésta conserva su identidad plena, sin mixtificarse con la absorbida, y en todo caso está condicionada a que «sea conveniente a sus intereses». Y, desde luego, no se ve razón para que se permita prohibir la fusión y no el que la fundación sea absorbida por otra.

Al no preverse en la absorción la prohibición del fundador, sólo aparece en el artículo 29 para las demás fusiones —apartado 2— que, cuando haya tal prohibición, la fusión «sólo podrá acordarse cuando sea la única manera de evitar la liquidación de dicha fundación y previa autorización del Protectorado». Es decir, cabe incluso la fusión contra la voluntad del fundador, por tanto. Nos parece que habría que aplicar esta regla en las absorciones, al menos respecto de la posible fundación absorbible, aunque también respecto de la absorbente, si no hay otra solución para dar salida a la que necesita ser fusionada o absorbida para evitar la liquidación.

3. *Segregación*

1. No hay ni en la Ley 50/2002 del Estado ni en la Ley autonómica, ni en sus reglamentos, previsión específica alguna sobre la posibilidad de que se produzca una segregación de alguna o algunas de las fundaciones que en un momento anterior se fundieron en una, o cualquier otra forma de división de una fundación.

2. La Sentencia 18/2005, de 14 de enero, de la Sala de Burgos del TSJ de Castilla y León, parece aceptar, sin embargo, su posibilidad, considerando a tal efecto en vigor el Real Decreto de 14 de mayo de 1899 —por no haber sido

derogado por ninguna ley ni disposición ulterior— cuyo artículo 7.2 permite a la autoridad del Protectorado «crear, modificar y segregar fundaciones (...) en cumplimiento de voluntad privada», aunque sin regular el régimen ni el procedimiento a seguir en caso de segregación, al que habría que aplicar —dice esa sentencia— por analogía la regulación legal vigente sobre modificación, fusión y extinción de fundaciones, exigiendo, por tanto, el acuerdo favorable del Patronato de la fundación existente y el control de legalidad correspondiente por parte del Protectorado (FFDD 4 y 5).

4. Extinción y liquidación

1. La Ley autonómica se remite íntegramente en su artículo 30.1 a la legislación estatal en cuanto a la extinción de las fundaciones, contenida en el artículo 31 de la Ley 50/2002 (que es básico) y en el 32 (supletorio). Tan sólo precisa el apartado 2 del mismo artículo que el Protectorado ha de tramitar «la inscripción del acuerdo de extinción o la resolución judicial que, en su caso, se produzca, en el Registro de Fundaciones de Castilla y León».

2. Aunque el artículo 33 de la Ley 50/2002 es supletorio para las Comunidades Autónomas —y de nuevo hay que decir que sin que se atisben bien las razones—, la regulación de la Ley 13/2002 de la liquidación de las fundaciones parece una norma reglamentaria de aplicación de lo dispuesto en aquél, cuyo criterios mantiene, explicitando con bastante pormenor cómo deben ejecutarse por parte del órgano de liquidación —el propio Patronato, en principio— y del Protectorado. La necesidad de abreviar ya esta exposición aconseja remitir simplemente a lo allí dispuesto.

IX. Supervisión administrativa

Lo peculiar de las fundaciones es que el cumplimiento de sus fines descansa en la confianza del servicio que les presten sus respectivos Patronatos, formados por personas que, por decirlo de alguna manera, no se juegan en ello nada estrictamente propio, al menos en el orden económico. Eso y su destino al interés general es lo que explica el régimen de intensa supervisión y consiguiente control a cargo de la Administración pública que se considera necesario para tratar de asegurar lo más posible —con medidas por eso en gran medida preventivas— el respeto y cumplimiento de las voluntades fundacionales al servicio del interés general. Eso es el Protectorado administrativo sobre las fundaciones, a cuyas competencias hemos venido haciendo constantes referencias.

1. *El Protectorado y su régimen*

1. La intervención administrativa propia del Protectorado está establecida en el artículo 34.1 de la Ley 50/2002 como un elemento básico del sistema para la igualdad nacional en el ejercicio del derecho de fundación (disposición final 1.^a1). La adicional 1.^a de la Ley 13/2002, siguiendo literalmente lo dispuesto por la transitoria 1.^a de la Ley 30/1994 del Estado, somete a él y a todo lo establecido en ella las posibles fundaciones preexistentes de competencia autonómica «constituidas a fe y conciencia», aunque viene a admitir su extinción cuando su aplicación «suponga, en virtud de lo dispuesto expresamente por el fundador, el cumplimiento de una condición resolutoria»²². La transitoria 1.^a4 de la Ley 50/2002 ha dispuesto, sin embargo, que «las condiciones estatutarias contrarias a» ella de estas fundaciones «se tendrán por no puestas».

2. El artículo 32 de la Ley autonómica, sintetizando en realidad las funciones que le asigna el artículo 35 de la Ley estatal y el propio artículo 33 de la misma Ley de Castilla y León, define el Protectorado como «el órgano administrativo de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones» y para las fundaciones del ámbito regional de Castilla y León será el que «determine reglamentariamente la Junta de Castilla y León». Habría que puntualizar que, aunque quepa ese uso reflejo subjetivo-orgánico del término, el Protectorado es más bien nombre de función, de actividad: la que comporta la supervisión legal por la Administración competente de todo lo relativo a las fundaciones, desde su constitución a su extinción y liquidación, con las potestades correspondientes. En orden precisamente, como dice el artículo 33 de la Ley 13/2002, a «garantizar el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurar la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones». No repetiremos aquí todas las funciones que enuncia el citado artículo 33, con expresiones prácticamente coincidentes con las empleadas por el 35 de la Ley estatal.

3. Al formarse el Gobierno regional tras las elecciones de 2007, por el artículo 6 del Decreto presidencial de reestructuración de las Consejerías se transfirieron a la nueva Consejería de Interior y Justicia, desde la anterior de Presidencia y Administración Territorial, competencias sobre diversas materias y entre otras expresamente las relativas a *Fundaciones*. Y por Decreto 70/2007, de 12 de julio, se adscribieron las funciones sobre el Registro de Fundaciones

²² Un breve comentario sobre este tipo de fundaciones, en J. L. PIÑAR MAÑAS, «El Protectorado de fundaciones: situación actual y propuestas de reforma», Capítulo 4.º de A. RUIZ OJEDA (coord.), *Manual de Fundaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 89 y s. *Vid.* SSTSJ Castilla y León (Valladolid) 87/2003, de 24 de enero, y 272/2001, de 9 de febrero.

y «el ejercicio de las funciones de Protectorado sobre las fundaciones de competencia de la Comunidad» a la Secretaría General de la Consejería [art. 4.p) y r)]. Sin embargo, pocos meses más tarde se trasladaron estas funciones, por Decreto 106/2007, de 8 de noviembre (que modificó para ello los arts. 4 y 8 del 70/2007), a la Gerencia Regional de Justicia, que, creada por Decreto 102/2004 de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, con rango de Dirección General pero con sede en Burgos, había pasado tal cual a la nueva Consejería de Interior y Justicia y era objeto del artículo 8 del Decreto 70/2007. La Orden IYJ/2094/2007 estableció la estructura orgánica del departamento el 27 de diciembre de 2007, y muestra la dependencia del Servicio de Fundaciones (arts. 24 y 25²³) de la Gerencia Regional de Justicia. Cada una con un negociado, tres secciones son el medio de trabajo del Servicio, respectivamente dedicadas a: «Protectorado», «Seguimiento contable» y «Registro de Fundaciones».

4. El artículo 35 de la Ley 13/2002 contiene algunas pocas reglas de régimen jurídico de los actos administrativos del Protectorado: por una parte, aplicación de un silencio administrativo de tres meses de signo positivo a todas las solicitudes o peticiones que se le dirijan (apartado 1), salvo la de primera inscripción de las fundaciones, que será de signo negativo (apartado 2), y previsión expresa de la suspensión del plazo del silencio entre la notificación de un requerimiento al interesado de subsanación de deficiencias o aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios y su efectivo cumplimiento por el destinatario o, en su defecto, el transcurso del plazo que se conceda para ello (apartado 1); por otra parte, obligación del Protectorado de expedir

²³ Se le asignan estas funciones: «a) La información y asesoramiento a las fundaciones, y difusión y publicidad de las actividades que realizan. b) El pronunciamiento sobre la legalidad de los Estatutos de las fundaciones que se constituyan y sobre las modificaciones de Estatutos y acuerdos de fusión, extinción y liquidación que acuerden sus órganos de gobierno. c) La emisión de los informes preceptivos previstos en el artículo 4.3 del Reglamento de Fundaciones de Castilla y León. d) La tramitación de las autorizaciones del Protectorado que vengan determinadas por la legislación vigente y cualquier otro tipo de procedimientos que deban tramitarse a iniciativa de los representantes de las fundaciones. e) El examen y comprobación de la adecuación a la normativa vigente de las cuentas anuales y demás documentos que las fundaciones deban presentar al Protectorado. f) El seguimiento de la actividad de las fundaciones, del cumplimiento de sus fines, de la aplicación de los recursos en los términos previstos en los Estatutos y en la Ley. g) La instrucción de los procedimientos de oficio que deban tramitarse en ejercicio de las funciones conferidas al Protectorado. h) La tramitación administrativa para la anotación de actos en el Registro de Fundaciones. i) La emisión de certificados sobre materias inscritas en el Registro de Fundaciones. j) La elaboración de las propuestas de resolución de recursos administrativos que se interpongan contra los actos y resoluciones dictados en materia de fundaciones por los órganos competentes de la Consejería. k) Cualquier otro cometido que le fuera encomendado».

los certificados y acreditaciones de todo tipo de hechos y circunstancias que soliciten los interesados, en el plazo máximo de un mes (apartado 3).

5. En el Reglamento de 2005 se contienen diversas normas procedimentales para la actuación del Protectorado y, entre otras, en el artículo 10 las aplicables a los efectos de exigir la responsabilidad de los patronos o impugnar los acuerdos y actos del Patronato.

2. *Registro de Fundaciones*

1. La Ley dice crear (art. 36.1) el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Castilla y León, que tiene carácter, lógicamente, público (art. 36.3, en concordancia con el 37.1 de la Ley 50/2002, de carácter supletorio), aunque en realidad ya se había creado antes de ella, por Decreto 121/1996. Obviamente para que se inscriban en él «todas las fundaciones que desarrollen principalmente sus actividades y cumplan sus fines en el ámbito territorial de la Comunidad de Castilla y León y de este modo lo manifiesten expresamente en su escritura de constitución». Se ha impuesto, pues, un criterio de unidad registral, igual que de unidad organizativa del Protectorado en la Comunidad Autónoma, con independencia del ámbito funcional de las fundaciones (asistencial, cultural, laboral o cualquier otro). No podemos entrar aquí en mayores análisis ni, en particular, en su aplicabilidad e implicaciones para las fundaciones públicas. El artículo 37 de la Ley 13/2002 obliga expresamente a que se inscriban en este Registro todas las fundaciones que reúnan la condición ya fijada por el artículo 36 y también aquellas otras «que tengan una delegación abierta» en la Comunidad, tanto si son extranjeras —a las que se refiere el art. 2 del Reglamento— como si son nacionales inscritas en el Registro del Estado o en el de cualquier otra Comunidad Autónoma, de las que se ocupa el artículo 38 del Reglamento.

2. Es la Junta de Castilla y León la habilitada (art. 36.2) para determinar el órgano administrativo que deba llevar el Registro y ya hemos dicho poco más arriba lo actualmente establecido, en lógica consecuencia con el carácter instrumental del Protectorado que tiene el Registro, aunque constituya una función especializada y específica suya, que, en esa su especificidad y régimen propio, se contrapone con frecuencia al Protectorado en sus demás funciones. Su regulación reglamentaria se asigna igualmente a la Junta de Castilla y León (art. 36.5) y está ahora contenida en el Reglamento de Fundaciones aprobado por Decreto 63/2005.

3. El artículo 36.4 de la Ley 13/2002 establece un plazo de un mes para las inscripciones y anotaciones que toque promover al Protectorado o requie-

ran su previa actuación, a contar de la recepción en el Registro de la documentación procedente del Protectorado.

4. El artículo 38 parece reconocer un derecho de «cualquier interesado» a obtener del Registro «certificaciones acreditativas de la no existencia de ninguna Fundación en dicho Registro con la misma denominación, ni con otra similar que pueda prestarse a confusión» (apartado 1), debiendo el encargado del Registro practicar las correspondientes «anotaciones» en él «de las certificaciones expedidas, que quedarán sin efecto con el transcurso de tres meses desde que fueron practicadas» (apartado 2). Lógicamente, si no puede expedirse certificado negativo, ha de indicarse así al interesado, «indicando las denominaciones afectadas», como dice el apartado 3, pero este apartado tiene un segundo inciso cuyo sentido no está claro: «se procederá —dice— en la misma forma en el caso de que se hayan expedido certificados negativos de denominación en los tres meses anteriores que afecten a la denominación solicitada, pero en la comunicación al interesado deberá indicarse además la fecha en que quedarían sin efecto dichas certificaciones».

Las fundaciones de interés gallego (*)

José Luis Carro Fernández-Valmayor

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

Luis Miguez Macho

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

Marcos Almeida Cerredá

Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO.—II. EL CONCEPTO Y LOS ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO.—III. LA CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO: 1. *Los requisitos para la constitución de las fundaciones de interés gallego*: A) La capacidad para fundar. B) La dotación fundacional. 2. *Modalidades de constitución*. 3. *El procedimiento de constitución*: A) Los estatutos fundacionales: elaboración y contenido. B) La aportación de la dotación. C) La adquisición de personalidad jurídica. D) La realización de actuaciones de carácter transitorio.—IV. LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO.—V. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA AUTONÓMICA EN EL ÁMBITO FUNDACIONAL: 1. *El Protectorado*. 2. *El Registro de Fundaciones de Interés Gallego*. 3. *El Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia*.—VI. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO: 1. *El patrimonio fundacional*. 2. *La financiación de las fundaciones de interés gallego*. 3. *La contabilidad y auditoría de las fundaciones de interés gallego*.—VII. LA MODIFICACIÓN, FUSIÓN, ESCISIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO.—VIII. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO GALLEGO: 1. *Antecedentes de la regulación actual*. 2. *Delimitación conceptual*. 3. *Creación y extinción*. 4. *Régimen jurídico*.—IX. LAS ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO CONTENIDAS EN LA LFIG CON RESPECTO AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS ESTATAL CONTENIDO EN LA LEY 50/2002.

(*) La temática de este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación de la Xunta de Galicia titulado «La modernización de las Administraciones Territoriales (PGIDT06PXIB202096PR)», dirigido por el Prof. Dr. José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR.

I. El régimen jurídico de las fundaciones de interés gallego

El Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado mediante la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, confiere en su artículo 27.26 a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre las fundaciones de interés gallego.

Sobre la base de esta habilitación competencial, el Parlamento de Galicia dictó en su momento la Ley 7/1983, de 22 de junio, de régimen de las fundaciones de interés gallego, posteriormente modificada por la Ley 11/1991, de 8 de noviembre, y hoy sustituida por la vigente Ley 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego (en adelante, LFIG).

Esta reforma de la normativa reguladora de las fundaciones de interés gallego, tras más de veintitrés años de vigencia de la Ley 1/1983, resultaba imprescindible por tres razones. En primer lugar, por la necesidad de modernizar la regulación de un fenómeno, el fundacional, que muestra una gran vitalidad y una creciente importancia en múltiples sectores de la vida social, dentro de los cuales destaca especialmente el ámbito social. En segundo lugar, por la necesidad de adaptar la normativa gallega a la regulación estatal contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, texto que, además de dictar normas para las fundaciones de competencia estatal, contiene preceptos de aplicación general y plena a todo tipo de fundaciones, dictados al amparo de los títulos competenciales contenidos en los artículos 149.1.1.^a, 149.1.6.^a y 149.1.8.^a de la Constitución Española (en adelante, CE) (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho constitucional de fundación, legislación procesal y legislación civil, respectivamente) ¹. Por último, por la dispersión de la regulación existente en la materia, fruto de las sucesivas previsiones normativas contenidas en diferentes textos legales, y debidas, fundamentalmente, a la proliferación de la figura de las fundaciones integrantes del sector público ².

¹ En este punto, es necesario destacar que a las fundaciones de interés gallego les es también de aplicación la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, dictada por las Cortes Generales al amparo del artículo 149.1.14.^a CE.

² Así, la regulación contenida en la Ley del Parlamento de Galicia 7/1983, de 22 de junio, modificada por Ley 11/1991, de 8 de noviembre, fue complementada con las previsiones contenidas en la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia en materia de personal y contratación, luego modificada por Ley 14/2004, de 29 de diciembre, que también introdujo determinadas previsiones relativas a las fundaciones integrantes del sector público en el vigente texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre.

El desarrollo reglamentario de la LFIG, pendiente de entrar en vigor en el momento de elaborarse el presente trabajo, se ha realizado a través de los Decretos de la Xunta de Galicia 14/2009 y 15/2009, ambos de 21 de enero, por los que se aprueban el Reglamento de fundaciones de interés gallego y el Reglamento del Registro de fundaciones de interés gallego, respectivamente³. Estas normas están llamadas a sustituir al Decreto 248/1992, de 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego.

En el marco de la normativa citada, de acuerdo con el artículo 3 de la LFIG, las fundaciones de interés gallego se regirán por la voluntad del fundador, por sus estatutos y, en todo caso, por la ley.

II. El concepto y los elementos definitorios de las fundaciones de interés gallego

El artículo 2 de la LFIG define las fundaciones de interés gallego como aquellas organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tengan afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general para Galicia y desarrollen principalmente sus actividades y tengan su domicilio en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Dos son, en consecuencia, los elementos definitorios que caracterizan a las fundaciones de interés gallego frente a las fundaciones de interés general estatal: a) el objeto fundacional, que deberá consistir en la realización de actividades dirigidas a la consecución de fines calificados como de interés general para Galicia, y b) el ámbito espacial en el que tendrán que estar domiciliadas y desarrollar de modo principal sus actividades, que ha de ser el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Entre los fines de interés general que pueden perseguir las fundaciones de interés gallego, de acuerdo con el artículo 4 de la LFIG, se encuentran los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo, actos violentos y otros acontecimientos catastróficos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales —particularmente, la promoción, fomento y difusión de la lengua y cultura gallegas—, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional de Galicia, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de respaldo a la igualdad de opor-

³ La entrada en vigor de ambos textos normativos está prevista para el 1 de septiembre de 2009.

tunidades entre hombres y mujeres, de promoción de la acción social, de defensa del medio natural de Galicia y de fomento de la economía social y de desarrollo de la economía productiva de Galicia, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales, estatutarios y de defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico. Este precepto finaliza con una cláusula de cierre que establece que las fundaciones de interés gallego podrán perseguir «otros fines de interés general para Galicia que sean de análoga naturaleza» a los citados, configurando así este elenco como un *numerus apertus* de fines posibles con base en un concepto jurídico indeterminado. Asimismo, hay que señalar que esta enumeración, que no se recogía en la anterior Ley del Parlamento de Galicia 7/1983, de 22 de junio, supone una trasposición al ámbito autonómico gallego de las previsiones contenidas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, en relación con los fines de interés general que han de perseguir las fundaciones de competencia estatal ⁴.

Respecto del ámbito espacial, como se ha señalado, el artículo 2 de la LFIG, a diferencia de la legislación precedente, exige a las fundaciones, a los efectos de su calificación como fundaciones de interés gallego, dos requisitos cumulativos: la domiciliación en el territorio de la Comunidad Autónoma y el desarrollo de sus actividades principalmente en Galicia ⁵.

⁴ El artículo 4 de la LFIG establece también ciertas normas relativas a los sujetos beneficiarios de la actividad de las fundaciones de interés gallego. Así, el apartado 2 del precepto dispone que la finalidad fundacional deberá beneficiar a «colectividades genéricas de personas», incluyendo dentro de este concepto a los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y a sus familiares. Prohíbe, además, esta norma la constitución de fundaciones cuya finalidad principal sea la de destinar sus prestaciones al fundador o a los miembros del patronato, a los cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

⁵ Por el contrario, el artículo 1 de la Ley 7/1983, de 22 de junio, definía las fundaciones de interés gallego como aquellas que «estando domiciliadas o desarrollando principalmente sus funciones en Galicia, estuvieran constituidas por personas naturales o jurídicas que destinasen o afectasen un patrimonio a la realización sin ánimo de lucro de fines de interés general en beneficio de personas no determinadas individualmente». En desarrollo del referido precepto legal, el Decreto 248/1992, de 18 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Protectorado de las fundaciones de interés gallego, venía a establecer una clasificación bipartita de las fundaciones de competencia autonómica.

Así, en su artículo 2 consideraba fundaciones de interés gallego a las siguientes fundaciones: a) todas aquellas que tuviesen su domicilio en Galicia; b) aquellas fundaciones que, aunque domiciliadas fuera de la Comunidad Autónoma, desarrollasen principalmente sus funciones en Galicia. A estos últimos efectos, la norma determinaba la necesaria concurrencia de los si-

El artículo 7 de la LFIG establece que el domicilio estatutario de las fundaciones de interés gallego es aquel lugar en el que radique la sede de su patronato o bien el lugar donde se lleven a cabo principalmente sus actividades.

El artículo 2 de la LFIG concreta qué debe entenderse por desarrollo de sus actividades principalmente en Galicia, posibilitando expresamente a las fundaciones de interés gallego el establecimiento de relaciones de carácter instrumental con terceros en ámbitos territoriales distintos del de la Comunidad Autónoma.

No obstante la sustancial modificación de la concepción de las fundaciones de interés gallego con respecto a la normativa precedente, la LFIG mantiene, a través de su disposición transitoria única, la condición de fundaciones de interés gallego a todas aquellas fundaciones que cumplían las prescripciones de la Ley 7/1983, de 22 de junio, aunque no reúnan los requisitos previstos en el artículo 2 del vigente texto legal. Así, a pesar de que la LFIG obliga a la adaptación estatutaria de las fundaciones ya constituidas y sometidas a su ámbito de aplicación en el plazo máximo de dos años desde su entrada en vigor, exceptúa de esta obligación las previsiones contenidas en el artículo 2⁶.

güentes requisitos: que el conjunto de sus activos que radicasen o se encontrasen depositados en el territorio de la Comunidad Autónoma tuviesen un valor de inventario superior a la mitad del total de sus bienes inventariados; que habitualmente invirtieran o destinasen a Galicia la parte más importante de su presupuesto de gastos; o bien que desarrollasen en Galicia la más relevante de sus funciones.

Respecto de las fundaciones que tuviesen por objeto la consecución de fines de interés gallego y en las que concudiesen conjuntamente las características de desarrollar sus funciones principalmente fuera de la Comunidad Autónoma y no tuviesen su domicilio en Galicia, la normativa anterior ofrecía la posibilidad al fundador de encomendar a la propia Xunta de Galicia las tareas concretas de salvaguarda de su voluntad, siempre que aquella no resultase contraria a la normativa aplicable, pudiendo el Gobierno autonómico prestarles apoyo para la consecución de dichos intereses. Así, bajo la denominación de «otras fundaciones de interés para Galicia», el Decreto 248/1992, de 18 de junio, agrupaba a las fundaciones que, sin gozar de la condición de fundaciones de interés gallego, promoviesen o desarrollasen actuaciones a favor de Galicia fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, tuviesen centros o realizasen actividades que tuviesen por principales destinatarios a los gallegos o, realizasen sus funciones en el territorio de Galicia pero sin cumplir los requisitos cumulativos previstos en el artículo 2 antes citado. A estas fundaciones, tal y como prescribía el artículo 1.3 de la Ley 7/1983, de 22 de junio, únicamente les resultaba de aplicación el régimen de funciones de atención y/o apoyo que les pudiera dispensar la Xunta de Galicia, por haberle sido solicitado o encomendado por el fundador o, en su caso, por el correspondiente órgano de gobierno de la fundación.

⁶ De acuerdo con el artículo 8 de la LFIG, las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable y desarrollen principalmente sus actividades en Galicia han de inscribirse en el Registro de fundaciones de interés gallego, así como mantener una delegación en el territorio de la Comunidad Autónoma, que constituirá su domicilio a los efectos de lo previsto en la referida ley.

Las delegaciones en Galicia de fundaciones extranjeras estarán sometidas, por prescripción

III. La constitución de las fundaciones de interés gallego

Las fundaciones de interés gallego adquieren personalidad jurídica desde el momento de la inscripción de la escritura pública de constitución en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego de la Comunidad Autónoma de Galicia⁷. La inscripción sólo podrá ser denegada, mediante resolución motivada, cuando la escritura de constitución no se ajuste a las prescripciones de la ley (art. 5 LFIG).

El Capítulo II de la LFIG disciplina la constitución de las fundaciones de interés gallego y, en concreto, los requisitos para dicha constitución, las modalidades de constitución y el procedimiento de constitución.

1. *Los requisitos para la constitución de las fundaciones de interés gallego*

Para proceder a la constitución de una fundación de interés gallego es necesario que el fundador cuente, por una parte, con capacidad para fundar y, por otra parte, con un patrimonio que adscribir a la consecución de una finalidad de interés para Galicia.

A) *La capacidad para fundar*

De acuerdo con el artículo 9 de la LFIG, pueden constituir fundaciones de interés gallego las personas físicas que gocen de capacidad para disponer gratuitamente, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes y derechos en que consista la dotación fundacional, así como las personas jurídicas privadas, sean de índole asociativa o de carácter institucional; las personas jurídico-públicas tendrán también capacidad para constituir fundaciones, salvo en aquellos supuestos en los que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.

del apartado 3 del artículo 8 de la LFIG, al Protectorado ejercido por la Xunta de Galicia, quien determinará si sus fines son de interés general conforme al Ordenamiento jurídico, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para las fundaciones de interés gallego.

⁷ El Decreto 15/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de las Fundaciones de Interés Gallego procede, en desarrollo de las previsiones contenidas en los artículos 52 a 55 de la LFIG, a dictar las normas de organización y funcionamiento del referido Registro. No obstante, y teniendo en cuenta el período de *vacatio legis* de dicho texto normativo, habrá que entender todavía vigentes, en tanto no se opongan a lo establecido en los mencionados preceptos de la LFIG, los artículos 33 a 37 del Decreto 248/1992, de 18 de junio.

B) *La dotación fundacional*

De acuerdo con el artículo 13 de la LFIG, la dotación fundacional, concebida como el capital mínimo para el inicio y puesta en marcha de la actividad fundacional, tendrá que ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales, pudiendo consistir en bienes y derechos de cualquier clase⁸. A estos efectos, la dotación fundacional se presume adecuada y suficiente cuando su valor económico sea igual o superior a 30.000 euros. En el supuesto de que la dotación sea de valor inferior será necesario que la persona fundadora justifique su adecuación y suficiencia. La LFIG fija los medios de justificación o prueba de la adecuación y suficiencia de dicha dotación al exigir la presentación del primer programa de actuación de la fundación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos⁹. Como posteriormente se explicará, corresponde en último término al Protectorado de la fundación informar sobre la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional.

2. *Modalidades de constitución*

El artículo 10 de la LFIG contempla dos modalidades de constitución de las fundaciones de interés gallego: a través de actos *inter vivos* o de actos *mortis causa*¹⁰.

La constitución de una fundación por acto *inter vivos* se realiza mediante el otorgamiento de escritura pública, cuyo contenido mínimo se determina en el artículo 11 de la LFIG¹¹.

⁸ La regulación que la normativa autonómica realiza sobre la dotación fundacional coincide con la contenida en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones (art. 12), en tanto que ésta constituye, a tenor de lo establecido en su disposición final primera, legislación civil de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª CE.

⁹ El programa de actuación que habrá de presentarse a estos efectos deberá contener, como mínimo, la identificación de los objetivos, de las actividades que se vayan a desarrollar durante el ejercicio y una previsión detallada de los ingresos y gastos estimados, con expresa mención de las fuentes de financiación (apartado 1 *in fine* del art. 7 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de interés gallego).

¹⁰ Lo dispuesto en este precepto coincide con lo previsto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, por cuanto el correspondiente precepto de la ley estatal (art. 9) constituye legislación civil de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.ª CE.

¹¹ De acuerdo con este precepto, la escritura pública de constitución de una fundación habrá de contener, al menos, los siguientes extremos: nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social, si son personas jurídicas y, en ambos casos, su nacionalidad, domicilio y número de identificación fiscal; la voluntad de constituir la fundación; la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación; los estatutos de la fundación; la identificación de las personas que integran el patronato, así como su aceptación, en caso de que se efectúe en el momento fundacional.

La constitución de la fundación *mortis causa* se lleva a cabo testamentariamente, debiendo constar en el testamento los mismos requisitos exigidos para la escritura pública de constitución. Si el testador se limitara 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 legalmente se otorgará por el albacea testamentario y, en su defecto, por los herederos testamentarios. En el caso de inexistencia de albacea o herederos testamentarios, o en los supuestos en los que éstos incumplieran con esta obligación, el otorgamiento de la escritura de constitución corresponde al Protectorado, previa autorización judicial.

3. *El procedimiento de constitución*

En este epígrafe se estudiarán los estatutos fundacionales y, en concreto, su procedimiento de elaboración y su contenido; la aportación de la dotación fundacional; la adquisición de personalidad jurídica por parte de las fundaciones de interés gallego; y, finalmente, la realización de actuaciones de carácter transitorio.

A) *Los estatutos fundacionales: elaboración y contenido*

En la escritura de constitución de la fundación, además del resto de las menciones necesarias previstas en el citado artículo 11 de la LFIG, deben constar los estatutos de la fundación. Los estatutos fundacionales, tal y como señala la Sala de lo contencioso-administrativo, sección 3.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia 969/1998, de 17 de noviembre, «son la ley a la que deben quedar sometidos todos los individuos que de ella formen parte en cuantos asuntos se refieran al fin y objeto de la fundación».

La norma estatutaria, manifestación de la voluntad del fundador, constituye, por prescripción del artículo 3 de la LFIG, la norma que recoge particularidades funcionales y organizativas y rige su actividad.

Los estatutos, según el artículo 12 LFIG, han de contener, como mínimo, las siguientes previsiones:

— La denominación de la entidad, que debe ajustarse a las reglas previstas en el artículo 6 de la LFIG¹², sin que se admita ninguna denominación que

¹² De acuerdo con este precepto: a) en la denominación de las fundaciones de interés gallego debe figurar, necesariamente, la palabra «Fundación»; b) la denominación no puede coincidir o asemejarse con la de otra entidad preexistente inscrita en los registros de fundaciones; c) en la denominación no pueden incluirse términos o expresiones que resulten contrarios a

incumpla cualquiera de ellas o resulte coincidente o semejante con la de una entidad preexistente que conste en otro registro público o con la de una denominación protegida o reservada a otras entidades públicas o privadas por su legislación específica.

— Los fines fundacionales, que deben ser de interés general para Galicia, en los términos establecidos en el artículo 4 de la LFIG, y las principales actividades encaminadas al cumplimiento de dichos fines.

— El domicilio y ámbito territorial en el que la fundación tenga previsto desarrollar principalmente sus actividades.

— Las reglas básicas para la aplicación de los recursos al cumplimiento de los fines fundacionales. En la fijación de estas reglas deben observarse las prescripciones contenidas en el artículo 35 de la LFIG y en el artículo 30 del Decreto 14/2009, de 21 de enero. Entre otras prescripciones, la normativa citada obliga a destinar a la realización de los fines fundacionales, como mínimo, el 70% de las rentas e ingresos obtenidos por la fundación por cualquier título o causa ¹³.

— Las reglas básicas para la determinación de las personas beneficiarias. En este punto, y siempre que se respete la indeterminación de los beneficiarios, el fundador puede establecer libremente las condiciones necesarias para ser beneficiario.

— La composición del patronato, las reglas para la designación y sustitución de sus miembros, las causas de cese, sus atribuciones y la forma de delibe-

las leyes o que puedan vulnerar los derechos fundamentales de las personas; d) la denominación no puede formarse exclusivamente con el nombre de España, de Galicia, de las demás Comunidades Autónomas o de las entidades locales, ni utilizar el nombre de los organismos oficiales o públicos, salvo que se trate del propio de las entidades fundadoras; e) la denominación no puede hacer referencia a actividades que no se correspondan con los fines fundacionales o que induzcan a error o confusión respecto de la naturaleza o actividad de la fundación; f) la utilización en la denominación de la fundación del nombre o pseudónimo de una persona física o de la denominación o acrónimo de una persona jurídica distintos del fundador debe contar con su consentimiento expreso o, en el caso de ser incapaz, con el de su representante legal.

El Decreto 14/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Interés Gallego, establece que la denominación de las fundaciones no puede contener, igualmente, términos o expresiones que transmitan perjuicios de género o ideas o imágenes de dominación de un sexo sobre otro.

¹³ Este porcentaje coincide con el fijado en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, para las fundaciones de carácter estatal. Durante la vigencia de la Ley 7/1983, de 22 de junio, el porcentaje mínimo destinado necesariamente a la realización de los fines fundacionales estaba fijado en un 80% de las rentas obtenidas por la fundación y de aquellos otros ingresos que no formasen parte de la dotación fundacional (art. 7).

rar y adoptar acuerdos. En la regulación de estas cuestiones han de respetarse las previsiones contenidas en el Capítulo III de la LFIG; además, hay que señalar que la normativa contenida en el Capítulo II del Decreto 14/2009, de 21 de enero, tiene carácter supletorio respecto de las determinaciones contenidas en los estatutos.

— Las causas de disolución y el destino de los bienes y derechos resultantes de su liquidación. Respecto de las causas de disolución, el artículo 44 de la LFIG contempla determinadas causas que, en todo caso, dan lugar a la extinción de las fundaciones ¹⁴. De acuerdo con este precepto, las fundaciones de interés gallego se extinguen:

a) Cuando expire el plazo por el que fueron constituidas. El apartado 2 del artículo 44 precisa que en este supuesto las fundaciones se extinguirán de pleno derecho, extraña expresión con la que parece que se quiere dar a entender que se extinguen automáticamente, por ministerio de la ley. El patronato deberá acordar el inicio del procedimiento de liquidación y dar cuenta al Protectorado del citado acuerdo y de las actuaciones de liquidación. Corresponderá al Protectorado promover la inscripción de la extinción en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego (art. 46.4 de la LFIG).

b) Cuando se hubiera realizado íntegramente el fin fundacional o fuese imposible, material o jurídicamente, su realización, sin perjuicio de los supuestos en que proceda la modificación estatutaria o la realización de un proceso de fusión. En ambos supuestos, la extinción requiere el acuerdo del patronato ratificado por el Protectorado. A estos efectos, es necesaria la presentación al Protectorado de la correspondiente certificación, emitida por el secretario con el visto bueno del presidente, del acuerdo de extinción adoptado por el patronato, de las cuentas de la fundación en la fecha en que se hubiera adoptado el acuerdo de extinción, del proyecto de distribución de bienes y derechos resultantes de la liquidación y de una memoria justificativa de la concurrencia de la causa de extinción. Si la causa de extinción fuese la imposibilidad para la realización del fin fundacional, deberá justificarse, además, la improcedencia o imposibilidad de abordar una modificación estatutaria o de materializar un proceso de fusión, siempre, claro está, que el fundador o fundadores no lo hubiesen prohibido. Tras el examen de la documentación citada, el Protectorado resolverá de forma motivada y en el plazo máximo de tres meses sobre la ratificación del acuerdo de extinción. La ausencia de resolución expresa sobre tal

¹⁴ En este concreto supuesto, la regulación autonómica resulta íntegramente coincidente con las previsiones contenidas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, por ser ésta de aplicación general sobre la base de los títulos competenciales contenidos en el artículo 149.1.1.ª y 8.ª CE.

extremo en el plazo señalado habilitará para considerar ratificado el acuerdo de extinción. Si considera que no concurre la causa de extinción alegada, el Protectorado adoptará resolución denegando la ratificación solicitada, supuesto éste en que el patronato podrá instar de la autoridad judicial correspondiente el acuerdo de extinción.

c) Cuando así resulte de los procesos de fusión y de escisión previstos en los artículos 42 y 43 de la LFIG.

d) Cuando concorra cualquier otra causa establecida en las leyes, requiriéndose, a estos efectos, resolución judicial motivada. En aquellos supuestos en que el Protectorado considere que concurre alguna de las causas de extinción previstas, comunicará tal circunstancia al patronato, así como la necesidad de proceder en el plazo máximo de seis meses a la adopción del correspondiente acuerdo de extinción, con la advertencia de que transcurrido dicho plazo se instará de la autoridad judicial el acuerdo de extinción (art. 49 del Decreto 14/2009, de 21 de enero).

A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación se les dará el destino previsto por el fundador o decidido por el patronato, cuando éste tenga reconocida esta facultad en la carta fundacional. De no existir previsión del fundador ni facultad del patronato en tal sentido, corresponderá al Protectorado destinar tales bienes y derechos a las fundaciones, entidades no lucrativas privadas o entidades públicas que persigan fines de interés general, que desarrollen principalmente sus actividades en Galicia y que tengan afectados sus bienes, incluso en el supuesto de disolución, a la consecución de tales fines (art. 45 de la LFIG).

— Otras disposiciones y condiciones lícitas que el fundador quiera establecer.

Finalmente, hay que señalar que toda disposición de los estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la ley se considerará como no puesta, salvo que afecte a su validez constitutiva. En este último caso, no procederá inscribir la fundación en el Registro de Fundaciones.

B) *La aportación de la dotación*

La dotación, como se ha dicho, puede consistir en bienes y derechos de cualquier clase. Si la aportación es dineraria, su cuantía ha de ser fijada en euros (art. 7 del Decreto 14/2009, de 21 de enero), acreditándose la realidad de tal aportación ante el notario autorizante de la escritura de constitución mediante certificado de depósito de la cantidad correspondiente a nombre de la

fundación en una entidad de crédito ¹⁵. Las aportaciones dinerarias en concepto de dotación pueden realizarse de forma sucesiva, debiendo desembolarse inicialmente en este caso al menos el 25%, y hacerse efectivo el resto de la dotación en un plazo no superior a cinco años, a contar desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación (art. 13.2 de la LFIG). En este último supuesto, el certificado de depósito correspondiente debe incorporarse a la escritura o escrituras públicas que documenten los citados desembolsos.

Si la aportación no es dineraria, debe incorporarse a la escritura de constitución una descripción de los bienes y derechos que correspondan, con indicación de los datos registrales, si existen, y el título o concepto de la aportación, así como el valor de cada uno de ellos realizado por un experto independiente ¹⁶.

El artículo 13.3 de la LFIG permite que los compromisos de aportaciones de terceros a favor de la fundación tengan la consideración de dotación, siempre que dicha obligación conste en títulos de los que conllevan ejecución.

Finalmente, el apartado cuatro del citado precepto permite que formen parte de la dotación los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por la persona fundadora o por terceras personas, o que se afecten por el patronato con carácter permanente a los fines fundacionales. En este supuesto, el aumento de la dotación se hará constar necesariamente en escritura pública, acreditándose, además, ante el notario autorizante la realidad de la aportación, así como la manifestación de voluntad del aportante de la integración en la dotación o, en su defecto, el acuerdo del patronato sobre el régimen aplicable a la aportación efectuada ¹⁷.

¹⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de Interés Gallego, el certificado de depósito no podrá ser de fecha anterior en más de tres meses al de la fecha de la escritura.

¹⁶ El artículo 8 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, regula la forma en que debe procederse a la tasación de las aportaciones a la dotación.

¹⁷ No obstante, cuando el aumento de la dotación responda a la asignación contable de efectivo de la propia fundación mediante un traspaso de cuentas, la formalización de la operación se podrá realizar mediante certificación del acuerdo del patronato, con firmas legitimadas notarialmente, acompañada del balance en que se fundamente el acuerdo adoptado (art. 7.2 del Decreto 14/2009, de 21 de enero).

C) *La adquisición de personalidad jurídica*

Tal y como prescribe el artículo 5 de la LFIG, las fundaciones de interés gallego tienen personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Para ello, bien el fundador o fundadores, bien los correspondientes patronos, deben dirigir la correspondiente solicitud de clasificación e inscripción de la fundación al departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de fundaciones.

Como paso previo a la inscripción ha de procederse a la clasificación de las fundaciones, con el fin de determinar qué departamento de la Administración autonómica ejercerá las funciones de Protectorado. La clasificación corresponde al departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de fundaciones (art. 7.1 del Decreto 15/2009, de 21 de enero). Ésta se efectúa mediante Orden del citado departamento, en el plazo máximo de un mes, de acuerdo con la propuesta efectuada al respecto por la Comisión de Secretarios generales en función del departamento de la Administración autonómica competente en la materia que constituya el fin principal de la fundación.

Una vez clasificada una fundación y adscrita al Protectorado del departamento de la Administración autonómica competente en la materia correspondiente a los fines de la misma, se procederá a la inscripción de la fundación, que comporta la declaración de interés gallego. La inscripción debe efectuarse en el plazo máximo de dos meses a partir de la clasificación de la fundación. En el caso de rechazo de la inscripción, y consecuentemente de la declaración de interés gallego, éste habrá de estar debidamente motivado en el incumplimiento por la escritura de constitución de las prescripciones de la ley.

D) *La realización de actuaciones de carácter transitorio*

Bajo la rúbrica «Fundaciones en proceso de formación», el artículo 14 de la LFIG permite a las fundaciones no inscritas en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego el desarrollo de determinadas actuaciones encaminadas precisamente a la realización de los actos necesarios para su inscripción.

Otorgada la escritura fundacional, y en tanto se procede a la inscripción en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego, 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.

Ahora bien, esta situación de transitoriedad tiene un límite temporal fijado en la propia LFIG. El apartado 2 del precepto citado establece que transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubieran instado la inscripción en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego, el Protectorado dispondrá el cese de los patronos, quienes responderán solidariamente de las obligaciones contraídas en nombre de la fundación y por los perjuicios que ocasione la falta de inscripción, y procederá al nombramiento de nuevos patronos, previa autorización judicial, quienes asumirán la obligación de inscribir la fundación en el referido Registro.

IV. La estructura organizativa y el funcionamiento de las fundaciones de interés gallego

El Capítulo III de la LFIG, bajo la rúbrica «Gobierno de la fundación», contiene la regulación de lo que se puede denominar organización necesaria de las fundaciones de interés gallego.

Así, y por prescripción del artículo 15 de la LFIG, en toda fundación debe existir, con la denominación de patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma al que corresponde el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración diligente de los bienes y derechos que integran su patrimonio, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos ¹⁸.

En tanto que órgano de naturaleza colegiada, el patronato de la fundación estará integrado por el número de miembros que al efecto determine la correspondiente norma estatutaria, cifrándose el mínimo legal de miembros en tres (art. 16.1 de la LFIG).

Pueden ser miembros del patronato de las fundaciones de interés gallego tanto las personas físicas como las personas jurídicas. Aquéllas deben gozar de plena capacidad de obrar y no estar inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos, mientras que éstas, de acuerdo con sus normas de funcionamiento, deben nombrar a la persona o personas físicas que las representen ¹⁹.

¹⁸ No obstante, el artículo 16.4 de la LFIG permite que el fundador que sea persona física se reserve con carácter vitalicio el ejercicio de todas las competencias asignadas al órgano de gobierno de la fundación. En este caso, el fundador debe ejercer sus funciones dando cuenta previamente al patronato.

¹⁹ Por prescripción del artículo 17 de la LFIG, el cargo que recaiga en una persona física

El patronato, como órgano de gobierno de la fundación, constituye la expresión permanente en el tiempo de la voluntad fundacional. Así, como señala la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la Sentencia número 736/2002, de 8 de mayo, de su sección 1.ª, «en la fundación, las distintas voluntades que conformaron la persona jurídica, una vez constituida ésta, se aúnan en una sola y por ello los órganos de la fundación expresan la voluntad colectiva»²⁰.

Los miembros del patronato iniciarán su gestión tras haber aceptado el cargo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la LFIG, debiendo formalizarse la aceptación bien en la propia carta fundacional, bien en escritura pública independiente, en documento privado con firma legitimada por fedatario público, mediante comparecencia realizada a tal efecto en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego o ante el propio patronato, acreditándose en este último supuesto mediante certificación expedida por el secretario con el visto bueno del presidente. En todo caso, la aceptación del cargo de patrono

debe ser ejercido personalmente. No obstante, puede actuar en su nombre y representación otro miembro del patronato designado por ella. Esta actuación por representación será siempre para actos concretos y habrá de ajustarse a las instrucciones que, en su caso, el representado formule por escrito.

En el supuesto de que el miembro del patronato lo sea por razón del cargo que ocupe, podrá actuar en su nombre la persona a la que legalmente corresponda su sustitución.

²⁰ En el supuesto de hecho al que se refiere la sentencia citada, uno de los municipios integrantes de la «Fundación Pública Deportiva Monte Castrove», en concreto el municipio de Pontevedra, recurrió una resolución de la entonces Consejería de Cultura, Comunicación y Turismo de 10 de febrero de 2000 sobre aprobación de la modificación de los estatutos de la fundación, entendiéndose que no se ajustaba a Derecho por el incumplimiento de una formalidad esencial, cual es la aprobación previa de la modificación por parte de todos y cada uno de los órganos plenarios de las Corporaciones municipales que constituyeron la citada fundación.

A este respecto, la sentencia citada señala que «aunque, tal como resulta del expediente, de hecho para la incorporación de cada uno de los Ayuntamientos a la Fundación se aprobó simultáneamente el contenido de los estatutos o se facultó al Alcalde o a otro miembro de la Corporación para la votación y aprobación de los mismos, no se aduce precepto alguno aplicable en la materia que lo exigiese, del mismo modo que no se alega norma que imponga la aprobación plenaria de los propios Ayuntamientos respecto a la modificación estatutaria. Desde luego nada se dice en el artículo 38.1 del Decreto 248/1992, además de que la imposición de tal exigencia parece entrañar un excesivo encorsetamiento y rigorismo impeditivo del ágil y normal funcionamiento de la Fundación, debiendo bastar el acuerdo del órgano de gobierno de la fundación (...). Para la integración en el órgano de gobierno de la fundación de las personas jurídicas existe una específica previsión en el artículo 14 de la ley gallega, cuando dice: las personas jurídicas pueden integrarse en los órganos de gobierno de la fundación, designando a tal fin, necesariamente, la persona o personas naturales que las representen. Además, si bien es lógico que para la integración se necesite la aprobación del Pleno de los Ayuntamientos integrantes, una vez constituida la Fundación es el Patronato el órgano de gobierno, porque igualmente resulta racional que sea en éste en el que se adopten los acuerdos de modificación estatutaria, tal y como se desprende del artículo 28.1 del Decreto 248/1992».

debe ser notificada formalmente al Protectorado y ser objeto de inscripción en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego.

El artículo 21 de la LFIG regula la carta de derechos y deberes de los patronos, entre los que se pueden destacar, por una parte, ser convocados a las reuniones y ejercer el derecho al voto, y, por otra parte, cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación.

El artículo 22 de la LFIG regula el régimen de responsabilidad de los patronos en el ejercicio de sus funciones. Así, los patronos deben desempeñar su cargo con la diligencia de un representante leal, respondiendo con carácter solidario frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos, o por los actos realizados sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo. En todo caso, quedarán exentos de responsabilidad quienes hubiesen votado en contra del acuerdo y quienes hubiesen probado que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían la existencia del mismo o, conociéndola, hubiesen hecho todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se hubiesen opuesto expresamente al acuerdo. En estos supuestos, la acción de responsabilidad se iniciará ante la autoridad judicial competente y en nombre de la fundación por parte del propio patronato (previo acuerdo motivado en cuya adopción no participarán el patrono o patronos afectados), por el Protectorado, por los patronos disidentes o ausentes, o por la persona fundadora si no tuviese la condición de patrono.

El cargo de patrono tendrá la duración que se establezca en los estatutos o en la carta fundacional (art. 20 de la LFIG). Asimismo, de acuerdo con el artículo 23 de la LFIG, se ejerce gratuitamente, sin perjuicio del derecho de los patronos a ser resarcidos de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione en el ejercicio de su función. No obstante lo anterior, el patronato, salvo que lo prohíba el fundador, puede fijar una retribución adecuada para los miembros que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato, dando cuenta de ello al Protectorado.

La sustitución, cese y suspensión de los patronos se regula en el artículo 24 de la LFIG. Este precepto remite el régimen de sustitución a lo dispuesto en los estatutos de cada fundación, fija las causas de cese y prevé la suspensión cautelar de los patronos cuando se interponga contra ellos la acción de responsabilidad.

El patronato, según el artículo 16 de la LFIG, debe contar con un presidente, que necesariamente será un miembro del mismo y al que corresponde-

rá presidir las reuniones del patronato, dirigir los debates y asumir las funciones de representación de la fundación ante todo tipo de personas o entidades, salvo en aquellos supuestos concretos en los que el patronato delegue tal representación en alguno de sus miembros u otorgue poder notarial a tal efecto.

Igualmente, el patronato debe nombrar a un secretario, cargo que puede recaer en una persona ajena a aquél, en cuyo caso tendrá voz pero no voto, y a quien corresponde la certificación de los acuerdos del patronato con el visto bueno del presidente.

Respecto del régimen de funcionamiento del patronato, en particular, y de los demás órganos de la fundación, en general, en lo que se refiere a deliberaciones y adopción de acuerdos, será el que se establezca en la regulación estatutaria y, en su caso, en las normas de régimen interno que apruebe su órgano de gobierno; en defecto de dichas previsiones, se aplicará lo establecido en el Reglamento de fundaciones de interés gallego, aprobado por Decreto 14/2009, de 21 de enero (art. 32 de la LFIG).

Con carácter potestativo podrá existir una organización de carácter complementario, cuyas bases fija la LFIG. Así, el apartado 2 del artículo 18 faculta al patronato para acordar la constitución de comisiones en aquellos supuestos en los que el volumen de gestión o cualquier otra circunstancia lo aconseje. Estas comisiones, que adoptarán la denominación que el patronato considere conveniente, estarán formadas por el número de miembros que éste determine, y ejercerán competencias por delegación. Así, el patronato puede delegar en las referidas comisiones las funciones y competencias que considere oportuno, salvo las relativas a la aprobación de las cuentas anuales y del plan de actuación, la modificación de los estatutos, el acuerdo de fusión, extinción o liquidación de la fundación y las relativas a los actos que requieran de autorización del Protectorado, que tienen el carácter de indelegables.

Igualmente, y para contribuir al mejor desarrollo de las funciones que le correspondan, el apartado tercero del citado artículo 18 habilita al órgano de gobierno de la fundación para la creación de otros órganos, como consejos asesores o de estudio, cuya constitución deberá ser objeto de notificación al Protectorado.

Finalmente, el artículo 25 de la LFIG prevé la posibilidad de encomendar el ejercicio de la gestión ordinaria o administrativa de las actividades fundacionales, siempre previa previsión estatutaria, a un gerente o cargo semejante, que puede ser una persona física o jurídica, pero siempre con solvencia técnica acreditada al respecto, y con la remuneración ajustada a las funciones desempeñadas.

Respecto de la actuación de las fundaciones, hay que señalar que las mismas, de acuerdo con el artículo 31 de la LFIG, deben actuar de acuerdo con los siguientes principios: a) destinar efectivamente su patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la LFIG y sus estatutos, a los fines fundacionales; b) dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados; c) actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios; d) respetar el código de conducta de las entidades sin ánimo de lucro.

Conforme al artículo 39 de la LFIG, en los últimos tres meses de cada ejercicio el patronato elaborará y remitirá al Protectorado —junto con la certificación acreditativa de su aprobación— un plan de actuación en el que habrán de quedar reflejados los objetivos y las actividades que la fundación prevé desarrollar durante el ejercicio siguiente, una previsión de las partidas de ingresos y gastos calculados, y una memoria explicativa del referido plan de actuación. Éste será depositado por el Protectorado en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego.

V. La organización administrativa autonómica en el ámbito fundacional

En el presente epígrafe se hará mención de la organización administrativa destinada a la tutela, protección y fomento de las fundaciones que se concreta en el Protectorado, en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego y en el Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia.

1. El Protectorado

El Protectorado de las fundaciones de interés gallego se configura en el artículo 47 de la LFIG como el órgano administrativo de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones, cuya misión es la de velar por el ejercicio correcto del derecho de fundación y por la legalidad de su constitución y funcionamiento.

Como señala el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la Sentencia número 969/1998, de 17 de noviembre, de su sección 3.^a, el Protectorado no puede arrogarse funciones del patronato, sino que debe limitarse a asegurar y controlar el cumplimiento de la voluntad fundacional y de las normas que son aplicables tanto en la constitución como en el funcionamiento de la fundación, aparte de supervisar la adaptación de los estatutos a las disposiciones legales y reglamentarias.

El Protectorado es ejercido, como ya se ha explicado, por los departamentos de la Xunta de Galicia que tengan atribuidas las competencias correspondientes a los fines de las fundaciones. En el supuesto de que las competencias sobre los fines fundacionales estuviesen atribuidas a varios departamentos de la Administración autonómica, el Protectorado es ejercido por el departamento competente en materia de fundaciones (art. 47.2 de la LFIG).

El artículo 48 de la LFIG contiene un elenco de las funciones que, en relación con las fundaciones de interés gallego que le sean adscritas, debe ejercer el Protectorado. El Decreto 14/2009, de 21 de enero, procede a desarrollar en su Capítulo VII las previsiones contenidas en el referido precepto, abordando, de forma pormenorizada, su ámbito funcional —arts. 52 a 59—, el procedimiento de comprobación de actividades de las fundaciones —arts. 60 a 64— y el procedimiento y causas de intervención temporal de las fundaciones —art. 65.

Existen en este apartado importantes novedades con respecto a la regulación precedente. Así se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la LFIG, donde se lee que «en la presente Ley... se define un marco regulador que intenta responder a las necesidades de flexibilidad y autonomía acordes con la realidad actual. En este sentido, esta normativa se configura como poco intervencionista, por lo cual el Protectorado desempeña un mayor número de funciones de asesoramiento y apoyo en detrimento de medidas de fiscalización, mediante la simplificación de trámites administrativos, la reducción de los actos de control del Protectorado y la reforma del régimen de organización y funcionamiento del patronato, entre otras».

En primer lugar, en ejercicio de las funciones de apoyo, impulso y asesoramiento de las fundaciones, corresponde al Protectorado: a) asesorar e informar a las fundaciones en proceso de constitución acerca del régimen jurídico sustantivo aplicable (la configuración de la dotación, los fines de interés general para Galicia, la elaboración de los estatutos y la correspondiente tramitación administrativa), a fin de que las personas promotoras de un proyecto de interés general puedan formalizarlo eficazmente; b) asesorar a las fundaciones ya inscritas en relación con el régimen jurídico aplicable y el régimen económico-financiero y contable; c) promover, de acuerdo con las fundaciones correspondientes, la realización de estudios sobre su viabilidad; d) dar a conocer, sin perjuicio de la función de publicidad registral que corresponde al Registro de Fundaciones de Interés Gallego, la existencia y actividades de las fundaciones; e) cooperar, para el servicio del interés general y de la sociedad civil, con las asociaciones de fundaciones o con otros entes análogos.

En segundo lugar, el Protectorado asume un papel colaborador activo en el proceso de constitución de las fundaciones de interés gallego. Así, velará por el respeto de la legalidad vigente durante el proceso constituyente, asumiendo, por expresa determinación legal, las siguientes facultades en el marco del procedimiento: a) informar, con carácter preceptivo y vinculante, sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia de la dotación de las fundaciones; b) otorgar, previa autorización judicial, y mediante la persona designada al efecto, la escritura pública de constitución en el supuesto de constitución de una fundación por acto *mortis causa* previsto en el artículo 10.4 de la LFIG; c) ordenar el cese de los patronos de las fundaciones en proceso de formación que no instasen la correspondiente inscripción en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución, así como nombrar, previa autorización judicial, nuevos patronos, quienes asumirán la obligación de inscribir la fundación en el citado Registro.

En tercer lugar, en el marco de las relaciones ordinarias con el patronato, corresponde al Protectorado el ejercicio provisional de las funciones de aquél en los supuestos de ausencia, por cualquier motivo, de la totalidad de personas que lo constituyen. En este caso, y por expresa determinación legal, el Protectorado deberá nombrar nuevos patronos o bien instar la extinción de la fundación. Igualmente corresponde al Protectorado la designación de las personas que integren provisionalmente el patronato, cuando no fuese posible su sustitución mediante los mecanismos previstos en la norma estatutaria y en tanto no se proceda a su modificación.

En cuarto lugar, el Protectorado debe asumir también la totalidad de atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial correspondiente en el supuesto de intervención temporal de la fundación.

En quinto lugar, en relación con el patrimonio fundacional, y a los efectos del efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, corresponde al Protectorado velar en todo momento por su integridad, suficiencia y rendimiento, sin perjuicio de la responsabilidad que en este asunto corresponda al patronato. A estos efectos, el Protectorado debe tener conocimiento formal de los negocios jurídicos de la fundación, pesando sobre el patronato la obligación legal de informar a aquél en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente al de su realización ²¹.

²¹ De conformidad con lo previsto en el artículo 29.1 de la LFIG, la enajenación y gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vincula-

En sexto lugar, corresponde igualmente al Protectorado velar por el cumplimiento efectivo de los fines fundacionales, teniendo en cuenta la voluntad del fundador y la consecución del interés general de Galicia. A tales efectos, dicho órgano administrativo debe: a) conocer y examinar el plan de actuación y las cuentas anuales de la fundación, incluidos, si procede, los informes de auditoría, así como instar, en su caso, al encargado del Registro el nombramiento de auditor externo, en los términos establecidos en el artículo 40.2 de la LFIG; b) comprobar que las fundaciones facilitan información adecuada y suficiente respecto de sus fines y actividades con el fin de que los eventuales beneficiarios y/o personas interesadas los conozcan; c) comprobar que las fundaciones actúen con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de las personas beneficiarias. En el ejercicio de tales funciones, el Protectorado, si constatase la existencia de indicios sobre el incumplimiento de las obligaciones de la fundación en relación con los fines fundacionales, podrá iniciar el expediente de comprobación de actividades, cuyo procedimiento y efectos se regulan de forma pormenorizada en la sección segunda del Capítulo VII del Decreto 14/2009, de 21 de enero.

En séptimo lugar, la normativa reguladora de las fundaciones de interés gallego otorga al Protectorado un importante papel en los procedimientos de modificación estatutaria y de fusión, escisión y extinción de las fundaciones, al atribuirle, por razones de legalidad y de forma motivada, la facultad de oposición. Así, el Protectorado ha de tener conocimiento de los acuerdos de modificación estatutaria y de fusión o escisión adoptados por el patronato, pudiendo oponerse, en la forma y términos expuestos, en el plazo máximo de tres meses y de un mes, respectivamente, desde la notificación del acuerdo respectivo. La resolución que declare la oposición tiene carácter vinculante. Respecto del procedimiento de escisión de fundaciones, el artículo 43 de la LFIG exige la autorización del Protectorado en los supuestos en que aquélla lleve aparejada la transmisión de lo escindido a otra u otras fundaciones ya existentes. Por expresa determinación del artículo 49 del mismo texto legal, la autorización se entenderá concedida si no se recibiera resolución expresa en el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud. Igualmente, corresponde al Protectorado solicitar de la autoridad judicial la modificación de los estatutos o la fusión de las fundaciones en los supuestos establecidos en la LFIG (arts. 41.3 y 42.5). Corresponde al Protectorado ratificar el acuerdo del patro-

dos al cumplimiento de los fines fundacionales, así como aquellos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deben ser comunicados por el patronato al Protectorado en el plazo máximo de un mes, a contar desde el día siguiente a su realización.

nato sobre la extinción de la fundación cuando se hubiese llevado a cabo íntegramente el fin fundacional, fuere imposible su realización o concurriese cualquier otra de las causas previstas en el acto constitutivo o en los estatutos, así como solicitar de la autoridad judicial la extinción de la fundación en los supuestos establecidos en los números 3 y 5 del artículo 44 de LFIG. Respecto del proceso de liquidación, el Protectorado deberá tener conocimiento y supervisar las operaciones de liquidación de las fundaciones, además de acordar la finalidad o destino que haya de darse a los bienes resultantes de la misma si no existe previsión del fundador ni facultad del patronato en tal sentido.

Finalmente, y en relación con el ejercicio de acciones previstas legalmente, corresponde al Protectorado: a) ejercer la acción de responsabilidad frente a los patronos en los supuestos en que proceda legalmente; b) instar judicialmente el cese de los patronos por el desempeño del cargo con omisión de la diligencia debida; c) impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a la ley o a los estatutos; d) instar de la autoridad judicial la intervención de la fundación en los supuestos de irregularidad grave en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación o de desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada ²².

Con la finalidad de contribuir a la mejora de las labores de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones encomendadas al Protectorado, el Decreto 14/2009, de 21 de enero, crea en su artículo 66 la Comisión Técnica de Coordinación del Protectorado. Se trata de un órgano de consulta y participación de los diferentes departamentos de la Xunta de Galicia que ejercen funciones de Protectorado, adscrito al departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de fundaciones y cuyas funciones, enumeradas en el artículo 69 del Decreto citado, están orientadas al establecimiento de criterios comunes de interpretación de la normativa vigente en materia de fundaciones de interés gallego, así como a la emisión de informes y dictámenes, con carácter vinculante, sobre consultas formuladas por los diferentes Protectorados.

2. *El Registro de Fundaciones de Interés Gallego*

El Capítulo VIII de la LFIG se dedica a la regulación del Registro de Fundaciones de Interés Gallego. En sus artículos 52 a 55 se contienen los requisitos básicos de su estructura y funcionamiento, así como la relación de princi-

²² Véase el contenido de la sección tercera del Capítulo VII del Decreto 14/2009, de 21 de enero, donde se regulan el procedimiento y efectos de la intervención temporal de las fundaciones de interés gallego.

pios registrales y actos inscribibles. El Decreto 15/2009, de 21 de enero, sobre el Registro de Fundaciones de Interés Gallego, desarrolla el contenido en dichos preceptos.

La inscripción de las fundaciones que conforme a la LFIG se deban calificar como de interés gallego —y de las fundaciones extranjeras con delegación en Galicia— es obligatoria (art. 55 de la LFIG) y requiere en todo caso un informe favorable del Protectorado sobre la idoneidad de los fines de interés gallego y la determinación de la suficiencia de la dotación (art. 52.3 de la LFIG).

El Registro de Fundaciones de Interés Gallego, adscrito al departamento de la Administración autonómica competente en materia de fundaciones, es único para toda la Comunidad Autónoma de Galicia, si bien contará con tantas secciones como departamentos integren la Xunta de Galicia, en cada uno de los cuales existirá un Registro auxiliar (art. 52.1 de la LFIG).

La nueva reglamentación del Registro de Fundaciones de Interés Gallego ha venido a superar la tradicional confusión que bajo la vigencia de la normativa precedente existía entre éste y el Protectorado, reforzándose el principio de colaboración entre ambos órganos administrativos (Capítulo VI del Decreto 15/2009, de 21 de enero).

De conformidad con el apartado 4 del artículo 52 de la LFIG son funciones del Registro: a) la inscripción de las fundaciones declaradas de interés gallego y de los siguientes actos: la carta fundacional; los estatutos y acuerdos de modificación; el nombramiento, suspensión, cese y renuncia de los miembros del patronato y, si procede, de los liquidadores; las delegaciones de facultades, su revocación y los apoderamientos generales; la constitución, modificación, fusión, escisión y extinción de fundaciones; la adquisición, enajenación, gravamen y arrendamiento de bienes en los supuestos establecidos en la ley; la delegación de las fundaciones extranjeras; las acciones de responsabilidad contra los miembros del patronato y la resolución judicial correspondiente; con carácter preventivo, las intervenciones temporales y las solicitudes de intervención temporal sobre las fundaciones, las cuales serán canceladas automáticamente en caso de ser concedidas o denegadas por parte de la autoridad judicial; la prórroga de fundaciones constituidas por un plazo determinado; y todos aquellos otros actos que se determinen reglamentariamente; b) el depósito y archivo de la documentación señalada; c) la legalización de los libros que hayan de llevar las fundaciones de interés gallego; d) la comunicación al Registro de Fundaciones de competencia estatal para constancia y publicidad registral de las inscripciones de constitución de fundaciones o, en su caso, de extinción de las mismas; e) cualesquiera otras funciones que se le atribuyan reglamentariamente.

3. *El Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia*

El artículo 56 de la LFIG crea el Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia como órgano consultivo adscrito al departamento de la Administración autonómica competente en materia de fundaciones y en el que estarán representadas tanto la Administración autonómica como las fundaciones de interés gallego, atendiendo, en este último supuesto, a la existencia de asociaciones de fundaciones con implantación en Galicia.

Entre las funciones que la LFIG (art. 57) encomienda a este órgano consultivo, se encuentran las de asesoramiento, informe y dictamen, previa solicitud, sobre cualquier disposición legal o reglamentaria que afecte directamente a las fundaciones; las de formulación de propuestas en este ámbito al departamento de la Administración autonómica competente en materia de fundaciones; y las de planificación y propuesta de las actuaciones que considere necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones de interés gallego.

La LFIG (art. 56.2) remite al desarrollo reglamentario la determinación de su estructura y composición, regulación que ha sido llevada a cabo por el Decreto 14/2009, de 21 de enero ²³.

VI. El régimen económico de las fundaciones de interés gallego: patrimonio fundacional, financiación y contabilidad

La LFIG dedica su Capítulo IV a la regulación del régimen económico de las fundaciones de interés gallego y su Capítulo V al régimen de la actividad de dichas fundaciones.

1. *El patrimonio fundacional*

En tanto que órgano de gobierno y administración de la fundación, corresponde al patronato la administración y disposición del patrimonio de las fundaciones, tarea que debe realizarse con estricta observancia de las previsiones establecidas al efecto en la ley y/o en la norma estatutaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la LFIG.

El patrimonio de las fundaciones de interés gallego, según el artículo 26 de la LFIG, está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones suscepti-

²³ Véase el capítulo VIII del Decreto 14/2009, de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de Interés Gallego (arts. 71 a 76).

bles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos bienes, derechos y obligaciones que adquiriera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la fundación. El patrimonio de las fundaciones ha de figurar a su nombre y constar en los correspondientes inventarios, debiendo ser inscritos en los correspondientes registros aquellos bienes y derechos susceptibles de inscripción (art. 28 de la LFIG).

La enajenación y/o gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, así como aquellos cuyo importe, con independencia de su objeto, supere el 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deben ser objeto de comunicación al Protectorado en el plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente al de su realización (art. 29 de la LFIG).

Las restantes enajenaciones o gravámenes se harán constar anualmente en la memoria presentada al Protectorado. En todo caso, todas las operaciones citadas deben hacerse constar en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego al término de cada ejercicio económico ²⁴.

Por otra parte, tal y como prescribe el artículo 30 de la LFIG, la aceptación de herencias por la fundación se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario, siendo los patronos responsables frente a la fundación de la pérdida de dicho beneficio por los actos a que se refiere el artículo 1.024 del Código civil. Igualmente, la aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas serán comunicadas por el patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo éste ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos si los actos citados resultasen lesivos para la fundación ²⁵.

En caso de falta de comunicación de las actuaciones señaladas, el Protectorado requerirá del patronato toda la información que considere necesaria, dis-

²⁴ De conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 29.1 de la LFIG, se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales cuando tal vinculación está contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una contribución voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados o en que se materialicen las contribuciones percibidas. Asimismo, la vinculación puede realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial.

²⁵ Regulación coincidente con la prevista por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, al constituir legislación civil de aplicación general fundada en el artículo 149.1.8.ª CE.

poniendo éste de un plazo de diez días para atender al requerimiento formulado. A la vista de las circunstancias concurrentes, el Protectorado resolverá sobre la procedencia de enmendar el defecto de comunicación, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste para ejercer la correspondiente acción de responsabilidad contra los patronos o de solicitar de la autoridad judicial la sustitución de los mismos.

En aquellos supuestos en los que del examen de las cuentas anuales de una fundación se desprenda una reducción grave de sus fondos propios durante dos ejercicios consecutivos, el Protectorado podrá requerir al patronato a fin de que en el plazo máximo de un mes remita un informe sobre las medidas que prevé adoptar para la corrección de tal situación. Transcurrido el plazo para su remisión, o recibido el informe y a la vista de su contenido, el Protectorado podrá ejercer la correspondiente acción de responsabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.3 de la LFIG.

2. *La financiación de las fundaciones de interés gallego*

De acuerdo con el artículo 33 de la LFIG, las fundaciones de interés gallego pueden ser financiadas por cualquier medio lícito.

Así, para el desarrollo de sus actividades se financiarán con los rendimientos que provengan de su patrimonio y, en su caso, con aquellos otros procedentes de las ayudas, subvenciones, donaciones, herencias y legados realizados por personas físicas o jurídicas, sean públicas o privadas²⁶.

Con el fin de obtener fondos, las fundaciones, además de llevar a cabo sus actividades propias (que, según el art. 26 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, son aquellas realizadas por la fundación para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro, con independencia de que la prestación o servicio se otorgue de forma gratuita o mediante contraprestación), pueden realizar actividades económicas, entendidas como aquellas que suponen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y recursos humanos, o de uno de los dos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios

²⁶ A estos efectos, conviene tener presente que la propia LFIG, en su artículo 58, considera fundaciones del sector público autonómico a aquellas fundaciones cuyos ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que ésta forme parte de sus órganos de gobierno. En consecuencia, en estos casos será necesario reparar en los efectos de la eventual subvención autonómica en el presupuesto de ingresos de la correspondiente fundación y, en particular, en si la subvención de que se trate constituye o no la principal fuente de ingresos de la fundación, pues tal circunstancia sería determinante de su carácter público, con las consecuencias que ello conlleva.

para obtener lucro, con pleno sometimiento a las normas reguladoras de defensa de la competencia, debiéndose hallar el objeto de tales actividades, en todo caso, relacionado con los fines fundacionales o siendo complementario o accesorio de los mismos.

En este sentido, y con el mismo fin, el artículo 33 de la LFIG permite a las fundaciones de interés gallego intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades mercantiles, siempre que se observen tres requisitos. En primer lugar, las fundaciones sólo pueden participar en sociedades mercantiles en las cuales no se responda personalmente de las deudas sociales. Si la fundación de que se trate recibiera por cualquier título, bien como parte de la dotación inicial, bien en un momento posterior, alguna participación en sociedades mercantiles en las cuales deba responder personalmente de las deudas sociales, habrá de enajenar dicha participación, salvo que, en el plazo máximo de un año, se produzca la transformación de tales sociedades en otras en que quede limitada la responsabilidad de la fundación. En segundo lugar, es necesaria comunicación al Protectorado en los supuestos en que tal participación resulte mayoritaria. El Decreto 14/2009, de 21 de enero, considera que existe participación mayoritaria a estos efectos cuando ésta represente más del 50% del capital social o de los derechos de voto, computándose tanto las participaciones directas como las indirectas. Para determinar los derechos de voto en el supuesto de sociedades indirectamente dependientes de una fundación, se entiende que a ésta le corresponde el número de votos asignados a la sociedad dependiente que participe directamente en el capital social de aquéllas. Asimismo, para la determinación de la participación mayoritaria en sociedades mercantiles se computan tanto las participaciones mayoritarias que se adquieran en un único acto, como las adquisiciones sucesivas de participaciones minoritarias cuya acumulación dé lugar a que la fundación ocupe una posición dominante en la sociedad de que se trate. Por último, las fundaciones con participación igual o superior al 20% en estas sociedades deben informar de dicha participación al Protectorado a través de la memoria anual.

3. *La contabilidad y auditoría de las fundaciones de interés gallego*

El ejercicio económico de las fundaciones de interés gallego será el establecido en la norma estatutaria. En defecto de previsión expresa, coincidirá con el año natural (art. 36.2 de la LFIG).

Su actividad contable debe ajustarse a las previsiones contenidas en el artículo 36 de la LFIG y a las normas del plan general de contabilidad en su adaptación a las entidades sin fines lucrativos.

En los términos establecidos en el citado precepto legal, el patronato de la fundación debe elaborar, con referencia al anterior ejercicio económico, las cuentas anuales, que comprenderán el balance de situación, la cuenta de resultados y la memoria ²⁷. Tales documentos, que forman una unidad, constituyen la fiel imagen del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación.

Las cuentas anuales, junto con la documentación prevista en el artículo 37 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, deben presentarse al Protectorado en el plazo de veinte días hábiles desde su aprobación, que en todo caso habrá de efectuarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio. El Protectorado examinará la adecuación formal de la documentación presentada a la normativa vigente en el plazo de tres meses desde su presentación. De apreciarse por el Protectorado defectos o errores formales, éstos serán comunicados al patronato y se le concederá un plazo no inferior a diez días hábiles a los efectos de su enmienda. De no atenderse por el patronato el requerimiento formulado, el Protectorado podrá ejercer la acción de responsabilidad en los términos establecidos en el artículo 22.3 de la LFIG. Si no se apreciaren defectos, el Protectorado depositará las cuentas anuales en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego, pudiendo cualquier persona acceder a la información contenida en las mismas en los términos establecidos reglamentariamente.

De conformidad con las previsiones contenidas en el apartado 6 del artículo 38 de la LFIG, el Protectorado deberá solicitar de la autoridad judicial, en los términos establecidos en el artículo 50 del referido texto legal, la intervención temporal de las fundaciones que no presenten las cuentas anuales durante dos ejercicios consecutivos, no pudiendo proceder a la inscripción de los documentos que presente la fundación hasta que no se dicte la correspondiente resolución judicial.

Las fundaciones deben llevar necesariamente un libro diario y un libro de inventarios y cuentas anuales, así como aquellos que el patronato considere convenientes según el sistema de contabilidad adoptado ²⁸.

²⁷ En el balance de situación se expresarán los bienes y derechos que conforman el activo de la fundación y las obligaciones y fondos propios que forman su pasivo. La cuenta de resultados comprenderá los ingresos y gastos del ejercicio y, por diferencia, su resultado. La memoria completará, ampliará y comentará la información contenida en el balance de situación y en la cuenta de resultados, relativa al último ejercicio cerrado.

²⁸ Véanse las previsiones contenidas en los apartados 4 y 5 del artículo 36 de la LFIG, en relación con los modelos abreviado y simplificado de contabilidad.

En los términos previstos en el artículo 37 de la LFIG, se someterán a auditoría externa las cuentas anuales de las fundaciones cuando, durante dos ejercicios consecutivos, concurren en la fecha de cierre de las mismas, al menos, dos de las siguientes circunstancias:

- a) Que el total de las partidas de activo sea superior a 2.400.000 euros.
- b) Que el importe neto del volumen anual de ingresos por actividad propia, más, en su caso, el de la cifra de negocios de su actividad mercantil, sea superior a 2.400.000 euros.
- c) Que el número de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 50.
- d) Que el valor de las ventas y de los gravámenes de bienes y derechos de la fundación realizados durante el ejercicio económico supere en un 50% el valor total de su patrimonio.

Igualmente se someterán a auditoría externa las fundaciones que se encuentren en el primer ejercicio económico desde su constitución o fusión, siempre que reúnan, en el momento del cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las cuatro circunstancias previstas en el apartado anterior, así como aquellas cuentas que, a juicio del patronato o del Protectorado, presenten circunstancias especiales que lo aconsejen con relación a la cuantía del patrimonio o al volumen de su gestión.

La auditoría se contratará y realizará conforme establece la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas y demás legislación complementaria. Los informes de auditoría se presentarán al Protectorado tras su emisión, junto con las cuentas anuales, debiendo éste depositarlas en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego, tras el examen y comprobación de su adecuación a la normativa vigente.

VII. La modificación, fusión, escisión y extinción de las fundaciones de interés gallego

De acuerdo con el artículo 41 de la LFIG, cuando las circunstancias que presidieron la constitución de una fundación hayan variado, de manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a sus estatutos, el patronato deberá acordar la modificación de los mismos, salvo que para este caso el fundador haya previsto la extinción de la fundación. Asimismo, el patronato, cuando convenga al interés de la fundación, podrá acordar la modificación de los estatutos de la misma, excepto en los supuestos en los que el fundador lo hubiese prohibido.

En esta línea, para lograr el mejor cumplimiento de los fines fundacionales, por una parte, el artículo 42 de la LFIG permite que las fundaciones se puedan fusionar, siempre que no lo haya prohibido el fundador, por acuerdo de los respectivos patronatos que cuente con la conformidad del Protectorado, y, por otra parte, el artículo 43 de la LFIG autoriza la escisión de una fundación mediante la segregación de una parte de su patrimonio que sirve para crear una nueva fundación o que se transmita a otra fundación.

Finalmente, hay que señalar que las fundaciones se extinguen por alguna de las causas previstas en el artículo 44 de la LFIG, cuyo examen ya ha sido abordado al analizarse el contenido de los estatutos. La concurrencia de alguna de estas causas de extinción determina la apertura del procedimiento de liquidación, el cual será tramitado por el patronato con el control y asesoramiento del Protectorado (art. 46.1 de la LFIG). A los bienes y derechos resultantes de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador o decidido por el patronato cuando tenga reconocida esta facultad en la carta fundacional; en caso de falta de previsión del fundador o inexistencia de la facultad del patronato corresponde a éste destinar tales bienes y derechos a fundaciones, a entidades no lucrativas privadas o a entidades públicas que persigan fines de interés general que desarrollen principalmente sus actividades en Galicia y tengan afectados sus bienes, incluso en el supuesto de disolución, a la consecución de tales fines (art. 45 de la LFIG).

VIII. Las fundaciones del sector público gallego

La LFIG dedica su último Capítulo, el X, a la regulación de las fundaciones integrantes del sector público de Galicia.

La regulación que sobre las fundaciones del sector público gallego efectúa la vigente LFIG en sus artículos 58 a 63 ha sido especialmente bienvenida por los operadores jurídicos gallegos, en la medida en que concentra, en un solo texto legal, las determinaciones relativas al régimen jurídico de estas entidades.

1. Antecedentes de la regulación actual

Hasta el momento de la entrada en vigor de la LFIG eran varios los textos normativos en los que se contenían las particularidades relativas a la naturaleza y régimen jurídico de las fundaciones públicas. Omitiendo cualquier mención sobre éstas la anterior legislación sobre fundaciones de interés gallego (Ley 7/1983, de 22 de junio), la primera regulación sobre las fundaciones del sector público se abordó en la Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación

de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia en materia de personal y contratación. En esta norma se estableció la primera definición de lo que, a los efectos de la reglamentación contenida en la misma, habría de entenderse por fundación pública. Así, la citada ley era de aplicación, en primer lugar, a las fundaciones constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, por sus organismos autónomos o entidades de Derecho público vinculadas o dependientes y, en segundo lugar, a aquellas fundaciones cuyos ingresos proviniesen mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que en este último caso la Comunidad Autónoma formase parte de sus órganos de gobierno o dirección. Así, las fundaciones en que concurrían los requisitos señalados habrían de someterse a las prescripciones que en materia de personal y contratación se contenían en la referida norma; requisitos referidos, esencialmente, al cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de las convocatorias en la selección del personal y a los principios de publicidad y concurrencia en materia de contratación. Igualmente, la Ley 10/1996 determinaba la sujeción de estas fundaciones al control financiero de la Intervención General de la Comunidad Autónoma y su sometimiento a la fiscalización del Consejo de Cuentas gallego.

Con posterioridad, a través de la Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo, se introdujo en el Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, una nueva disposición adicional cuarta, con la que se complementó la regulación prevista en la Ley 10/1996.

De conformidad con la referida disposición adicional cuarta, las entregas dinerarias sin contraprestación que realizasen las fundaciones del sector público se regirían por el Derecho privado, si bien serían aplicables los principios de gestión contenidos en dicha ley y los de información a los que se hace referencia en el artículo 20 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. En todo caso, de acuerdo con este precepto, las aportaciones gratuitas de las fundaciones del sector público deberían tener relación directa con el objeto de la actividad descrita en la norma de creación o en sus estatutos.

A efectos de la citada disposición adicional cuarta, se consideraban fundaciones del sector público aquellas que se constituyesen con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de las Administraciones públicas, de sus organismos públicos o demás entidades del sector público, así como aquellas cuyo

patrimonio fundacional estuviere formado en más de un 50% y con carácter permanente por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Actualmente todas estas previsiones han de entenderse superadas por la entrada en vigor de la LFIG de 2006.

2. *Delimitación conceptual*

De conformidad con el artículo 58 de la LFIG, se consideran fundaciones del sector público de Galicia aquellas fundaciones: a) constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, sus organismos públicos y demás entidades o empresas del sector público autonómico, o b) aquellas cuyos ingresos provengan mayoritariamente de subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que en este último caso la Comunidad Autónoma forme parte de sus órganos de gobierno o dirección. A estos efectos, y de conformidad con lo previsto en el artículo 77 del Decreto 14/2009, de 21 de enero, tienen la consideración de subvenciones únicamente las dotaciones presupuestarias que cubran tanto los gastos corrientes como de inversión, tendentes a garantizar la autonomía financiera de las fundaciones.

3. *Creación y extinción*

El artículo 59 de la LFIG establece que la creación y extinción de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria y la modificación de sus estatutos deben ser autorizadas por acuerdo del Consello de la Xunta.

En el expediente de autorización se incluirá una memoria que habrá de ser informada por el departamento de la Xunta de Galicia que ejerza las competencias correspondientes a los fines de la fundación, en la cual deberán justificarse suficientemente las razones por las que se considera que los fines de interés general perseguidos se pueden conseguir mejor a través de una fundación que mediante el empleo de otras formas jurídicas previstas en la normativa vigente.

El citado precepto de la LFIG exige igualmente la presentación de una memoria económica, que requerirá el informe del departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de economía y hacienda, en la que se justifique la suficiencia de la dotación inicialmente prevista y, en su caso, los compromisos que garanticen su continuidad. En este punto, la

LFIG se complementa con las previsiones contenidas en el Decreto 217/2008, de 25 de septiembre, por el que se regula el contenido mínimo de las propuestas de creación de nuevas entidades del sector público autonómico, el cual especifica en su artículo 7 el contenido de la referida memoria económica. Así, y a los efectos de justificar la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para comenzar la actividad de la fundación y los compromisos futuros que garanticen su continuidad, la memoria deberá comprender el primer programa de actuación, con los contenidos que se determinan en el artículo 10, números 3, 4 y 5, y en los artículos 11, 12 y 13 de la misma norma (plan estratégico, plan económico-financiero y previsiones sobre los recursos humanos).

El acuerdo del Consello de la Xunta por el que se autorice la creación de fundaciones del sector público de Galicia debe pronunciarse sobre los siguientes aspectos:

- Voluntad de constituir la fundación y denominación de ésta.
- Personas o entidades cofundadoras, en su caso.
- Aportación de la Xunta de Galicia a la dotación fundacional inicial y, en el caso de ser ésta dineraria, forma de desembolso.
- Aprobación de los estatutos de la fundación.
- Designación de la persona o personas que actuarán en representación de la Xunta de Galicia en el patronato de la fundación.
- Designación de la persona que actuará en nombre y representación de la Xunta de Galicia para la realización de las actuaciones tendentes a la constitución de la fundación.
- Destino de los bienes y derechos resultantes de la liquidación de la fundación en el supuesto de extinción.

4. Régimen jurídico

Los artículos 60 y siguientes de la LFIG disciplinan el régimen jurídico de las fundaciones del sector público de Galicia, estableciendo las siguientes reglas:

- a) De conformidad con el artículo 60, las fundaciones del sector público gallego no pueden ejercer potestades públicas. Además, únicamente pueden realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de los fines de éstas.
- b) El Protectorado será ejercido, de acuerdo con el citado artículo 60, por el departamento de la Xunta de Galicia que ostente las competencias correspondientes a los fines de la fundación.

c) Según el apartado 3 del artículo 60, las fundaciones del sector público gallego pueden actuar como medio propio e instrumental de la Administración autonómica. Las fundaciones públicas cuya dotación fundacional fuera totalmente aportada por la Xunta de Galicia, o en las que ésta tenga un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades, tienen la consideración de medio propio e instrumental a los efectos previstos en la normativa reguladora de la contratación del sector público. En estos casos, la Xunta de Galicia puede encomendarles la ejecución de obras, suministros o servicios públicos de su competencia, debiendo instrumentarse las encomiendas a través de encargos de realización obligatoria, cuya ejecución supervisará el ente encomendante.

d) En materia de régimen presupuestario, de contabilidad y de auditoría de cuentas, el apartado 4 del artículo 60 preceptúa que se regirán por lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre.

e) De acuerdo con el artículo 61 de la LFIG, en materia de contratación de obras, suministros, servicios o asistencia es de aplicación lo dispuesto en la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas. En consecuencia, hoy en día les son de aplicación las previsiones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

f) Respecto del régimen relativo a la contratación del personal a su servicio, la LFIG establece en su artículo 61 que les son de aplicación las disposiciones de la Ley de la Función Pública de Galicia (hoy el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo) y las normas reglamentarias que la desarrollen relativas a composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección, bases de las convocatorias y pruebas de selección. Este precepto establece, además, el necesario respeto de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria. Para garantizar el cumplimiento de estas normas, el departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de función pública debe informar previamente el contenido de las bases de la correspondiente convocatoria.

g) El control financiero, de acuerdo con el artículo 62, es ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las competencias que correspondan al Consejo de Cuentas de Galicia.

h) Acogiendo la regulación contenida en la disposición adicional cuarta del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de

Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, el artículo 63 de la LFIG establece la aplicación a las fundaciones integrantes del sector público autonómico de los principios y procedimientos previstos en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

IX. Las especialidades del régimen jurídico de las fundaciones de interés gallego contenidas en la LFIG con respecto al régimen jurídico de las fundaciones de interés estatal contenido en la Ley 50/2002

LA LFIG adapta la legislación autonómica gallega en materia de fundaciones a las disposiciones de aplicación general contenidas en la Ley estatal 50/2002. Así, la disposición adicional primera de la LFIG establece que el contenido de los artículos que a continuación se enumeran han sido redactados de conformidad con los preceptos de aplicación general de la Ley 50/2002: apartado 1 del artículo, donde se contiene el concepto de fundación; artículos 5 al 15, que regulan la personalidad jurídica, la denominación, el domicilio, las fundaciones extranjeras, la capacidad para fundar, las modalidades de constitución, la escritura de constitución, los estatutos, la dotación de la fundación, las fundaciones en proceso de formación y el patronato; artículo 22, que regula la responsabilidad de los patronos; artículo 24, sobre la sustitución, cese y suspensión de los patronos; artículo 26, relativo a la composición del patrimonio de las fundaciones; artículo 30, que se ocupa de la aceptación de herencias y donaciones; artículo 41, sobre la modificación de los estatutos; apartados 1, 4 y 5 del artículo 42, acerca de determinados aspectos de la fusión de las fundaciones; artículo 44, que contiene las causas y formas de extinción de las fundaciones; apartado 1 del artículo 47, que define el Protectorado; apartado 2 del artículo 48, sobre la acción de responsabilidad; artículo 50, que regula la intervención temporal de las fundaciones; apartado 8 del artículo 53, relativo a los principios en materia de inscripción registral.

Por lo que respecta a las diferencias existentes entre la LFIG y la Ley estatal 50/2002, se pueden destacar las siguientes:

a) *En materia de delegación de las facultades del patronato* en alguno de sus miembros, el artículo 18 LFIG precisa que la delegación puede efectuarse a varios miembros con funciones mancomunadas, solidarias o colegiadas, según se determine.

b) *En materia de organización de las fundaciones*, la LFIG prevé expresamente en el apartado 2 de su artículo 18.2 la posibilidad de creación por el patronato de comisiones cuando el volumen de gestión o cualquier otra circuns-

tancia lo aconseje. Por su parte, el artículo 25 de la LFIG permite al patronato, previa previsión estatutaria, encargar el ejercicio de la gestión ordinaria de sus actividades a un gerente.

c) *En materia de control por el Protectorado*, la Exposición de Motivos de la LFIG señala, como ya nos consta, que ésta reduce considerablemente los actos de control, de manera que la mayor parte de las autorizaciones se transforman en simples comunicaciones. No ocurre así en la legislación estatal, que sigue manteniendo el régimen de autorizaciones del Protectorado. Las diferencias más importantes en este punto se hallan en los siguientes aspectos:

— En materia de retribuciones de los patronos, el artículo 23 de la LFIG permite la fijación por el patronato de retribuciones a favor de sus miembros en el supuesto de que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como patronos, debiendo comunicarse este acuerdo al Protectorado en el plazo máximo de un mes desde su adopción. En el mismo supuesto, el artículo 15 de la Ley estatal 50/2002 exige autorización del Protectorado.

— En los supuestos de enajenación y gravamen, el artículo 21 de la Ley estatal exige autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada, para la enajenación onerosa o gratuita, así como para el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales. En cambio, el artículo 29 de la LFIG, para estos mismos supuestos y para la enajenación o gravamen de aquellos bienes y derechos cuyo valor, con independencia de su objeto, supere el 20% del activo de la fundación, exige únicamente comunicación al Protectorado en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su realización; las restantes enajenaciones o gravámenes se harán constar anualmente en la memoria presentada al Protectorado. La Ley estatal exige comunicación al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización para los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquellos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado.

— En materia de autocontratación, el artículo 40 de la LFIG exige dación de cuenta al Protectorado, mientras que el artículo 28 de la Ley estatal exige autorización previa de éste.

d) *En materia de régimen de las autorizaciones*, la LFIG dispone en su artículo 49 que se entenderán concedidas si no se recibe resolución expresa en un mes, mientras el artículo 41 de la Ley estatal se limita a remitirse a la Ley 30/1992 respecto de su tramitación.

e) *En materia de aceptación del cargo de patrono*, el artículo 19 de la LFIG exige para su acreditación certificación expedida por el secretario con el visto bueno del presidente, en tanto que el artículo 15 de la Ley estatal exige certificación expedida por el secretario con firma legitimada notarialmente.

f) *En materia de composición del patronato*, el artículo 16 de LFIG posibilita que el fundador que sea una persona física se reserve con carácter vitalicio el ejercicio de todas las competencias asignadas al órgano de gobierno de la fundación, previsión que no se contiene en la Ley estatal.

g) *En materia de sustitución, cese y suspensión del cargo de patronos*, la LFIG prevé en el apartado 2 de su artículo 24 el modo en que debe proceder el Protectorado en los supuestos en que el número de patronos fuese inferior a tres; tal previsión no existe en la Ley estatal.

h) *En materia de financiación*, el artículo 33 de la LFIG es más preciso que el artículo 24 de la Ley estatal. Así, respecto de la participación de las fundaciones en actividades económicas, la LFIG exige comunicación al Protectorado cuando la participación de la fundación en el capital de sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales sea igual o superior al 20%. Igualmente, el precepto citado precisa el concepto de participación mayoritaria en el capital de sociedades mercantiles.

i) *En materia de principios de actuación de las fundaciones*, el artículo 31 de la LFIG añade a los principios previstos en la Ley estatal la obligación de respetar el código de conducta de las entidades sin ánimo de lucro.

j) *En materia de ingresos*, el artículo 34 de la LFIG es más restrictivo que su correlativo en la Ley estatal. A la limitación contenida en la Ley estatal según la cual las fundaciones no podrán obtener ingresos por las actividades o servicios que presten si implican una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios, el precepto de la LFIG añade que no podrán obtener ingresos por las actividades o servicios que presten si desvirtúan el interés general para la Comunidad Autónoma o si son contrarios a la voluntad fundacional.

k) *En materia de aprobación y presentación de las cuentas*, el artículo 38 de la LFIG exige la presentación de las cuentas anuales al Protectorado en el plazo de veinte días hábiles a contar desde su aprobación por el patronato, mientras el artículo 25 de la Ley estatal establece un plazo de diez días hábiles. El mis-

mo artículo de la LFIG prohíbe la percepción de subvenciones procedentes de la Xunta de Galicia a las fundaciones que no cumplan con la obligación de presentar las cuentas, sin que la Ley estatal contenga una previsión similar.

l) *En materia de planificación de la actuación*, la LFIG exige en su artículo 39 que el plan de actuación tenga un contenido más amplio que el contenido mínimo requerido por la legislación estatal. En particular, debe incluir una previsión de las partidas de ingresos y gastos calculados y una memoria explicativa del propio plan.

m) *En materia de fusiones de fundaciones*, el artículo 42 de la LFIG es más detallado que el artículo 30 de la norma estatal. El precepto de la LFIG posibilita dos procedimientos de fusión (por absorción y por creación de una nueva fundación) y limita a un mes el plazo en el que el Protectorado pueda oponerse a la fusión por razones de legalidad, mientras que el apartado 2 del artículo 30 de la Ley estatal establece un plazo de tres meses.

n) *En materia de escisión de las fundaciones*, la LFIG contiene en su artículo 43 una detallada regulación, de la que carece la norma estatal.

Las fundaciones en la Comunidad de Madrid

José Luis Piñar Mañas

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad San Pablo-CEU de Madrid

Alicia Real Pérez

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. DE LOS DECRETOS DE TRANSFERENCIAS A LA LEY DE FUNDACIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID. PREVISIÓN DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA.—II. LA LEY 1/1998, DE 2 DE MARZO, DE FUNDACIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID, Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 341/2005, DE 21 DE DICIEMBRE.—III. LAS FUNDACIONES DE INICIATIVA PÚBLICA Y LA REVERSIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS DE LAS FUNDACIONES EXTINGUIDAS.—IV. EL PROTECTORADO Y EL REGISTRO DE FUNDACIONES.—V. OTRAS NORMAS SOBRE FUNDACIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID.

I. De los decretos de transferencias a la Ley de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. Previsión del Estatuto de Autonomía

La Comunidad de Madrid es de las que cuenta con propia Ley de Fundaciones: Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid¹, que ha sido modificada en diversas ocasiones. En particular, por la Ley 24/1999, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas², y por la Ley 2/2004, de 31 de mayo³, también de Medidas Fiscales y Administrativas. Además, en cuanto a su aplicación e interpretación debe tenerse en cuenta la STC 341/2005, de 21 de diciembre⁴, a la que luego nos referiremos.

La primera redacción del Estatuto de Autonomía de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero⁵, no incluía referencia alguna a las

¹ BOCM de 9 de marzo de 1998, corrección de errores BOCM de 28 de mayo de 1998 y BOCM de 15 de octubre de 1998.

² BOCM de 30 de diciembre de 1999.

³ BOCM de 1 de junio de 2004.

⁴ Recaída en el Recurso de inconstitucionalidad 2544/1998 (BOE de 20 de enero de 2006).

⁵ BOE de 1 de marzo de 1983.

Fundaciones. El artículo 2.f) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución transfirió a Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Baleares, Madrid y Castilla y León, la competencia exclusiva en materia de «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma». Como consecuencia de ello, y en lo que a Madrid se refiere, se aprobó la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía ⁶, cuyo artículo 26 establecía que corresponde a la Comunidad de Madrid la plenitud de la función legislativa en materia de «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma». La Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio ⁷, modificó ligeramente la redacción del artículo 26, fijando el texto hoy vigente, según el cual «1. La Comunidad de Madrid, en los términos establecidos en el presente Estatuto, tiene competencia exclusiva en las siguientes materias»: «1.26: Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid».

No obstante, ya antes de la reforma estatutaria por la que Madrid asumió las competencias en materia de fundaciones, se había aprobado el Real Decreto 680/1985, de 19 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de cultura ⁸. Entre otras funciones se traspasaron las relativas a las ejercidas por el Ministerio de Cultura «en materia de fundaciones y asociaciones culturales, siempre que éstas no rebasen en sus actividades básicas y principales el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma». Tras la reforma del Estatuto de 1994 se aprobó el Real Decreto 935/1995, de 9 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de fundaciones ⁹, por el que se traspasaron «las funciones que la Administración del Estado realiza respecto de las fundaciones que desarrollan principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma», mientras que el Estado se reserva «la tutela de las fundaciones que no desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid». Se transfirió la competencia en relación con unas 160 fundaciones benéfico-asistenciales, 175 docentes y 4 fundaciones laborales.

Poco después Madrid aprobó su propia Ley de Fundaciones: la ya citada Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid. La

⁶ BOE de 25 de marzo de 1994.

⁷ BOE de 8 de julio de 1998.

⁸ BOE de 18 de mayo de 1985, corrección de errores en BOE de 29 de junio.

⁹ BOE de 11 de julio de 1995.

aprobación de la ley se debió seguramente a tres motivos fundamentales: garantizar el control por parte de la Comunidad de Madrid de las grandes fundaciones de iniciativa pública que tenían su sede en Madrid (por ejemplo, Fundación del Teatro Lírico) y que, en principio, desarrollaban sus funciones, principalmente, en dicha Comunidad; permitir el derecho de reversión, y poder establecer un régimen más favorable que el estatal para así potenciar la creación de fundaciones sujetas a la legislación madrileña. A tales motivos puede añadirse el de regular las fundaciones de iniciativa pública.

II. La Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, y la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre

La ley difería muy poco en relación con la entonces vigente Ley estatal 30/1994, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Sin embargo, pese a que no eran muchas las diferencias (como tampoco lo son en relación con la Ley 50/2002), algunas de ellas sí son de calado. La ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por diversos senadores del Grupo Parlamentario Socialista dando lugar a la STC que ya conocemos 341/2005, de 21 de diciembre. Se recurrieron los artículos 11.1 y 2, 17.2 inciso final, 24.3, 27.2 y 28.1. De ellos, sólo fue declarado inconstitucional el inciso «o en defecto de éste sin la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público» del artículo 17.2 y el artículo 24.3. Por su parte, en relación con el artículo 27.2 se declaró que no es inconstitucional si se interpreta en los términos expresados en el fundamento jurídico 7.º de la sentencia, como luego veremos.

Merece la pena señalar que en relación con el artículo 24.3 («*El Patronato podrá acordar la modificación de los Estatutos de la Fundación, siempre que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el Fundador, en cuyo caso requerirá la autorización previa del Protectorado*») el Tribunal ha podido resaltar la importancia que ha de darse a la voluntad del fundador. En efecto señala: «*se impugna por reproducir lo dispuesto en el art. 27.1 de la Ley 30/1994, de acuerdo con el cual “el Patronato podrá acordar la modificación de los Estatutos de la fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma y no lo haya prohibido el fundador, en cuyo caso requerirá la autorización previa del Protectorado”*. A este precepto se le atribuye la condición de “legislación civil” en la disposición final primera, apartado 2 b), de la propia Ley 30/1994, condición que discute el Letrado autonómico, pues entiende que la posibilidad de desconocer la prohibición expresa del fundador con la autorización previa del Protectorado responde a la existencia de un interés general que trasciende al ámbito puramente privado. En relación con este extremo interesa señalar que el

art. 29.1 de la Ley 50/2002, que reproduce el precepto transcrito, ha suprimido su inciso final [el art. 29.1 ha sido calificado también como legislación civil en la disposición final primera, 2 b) de dicha Ley].

Este Tribunal ha hecho hincapié en la cautela que es preciso observar cuando se trata de delimitar el “contorno de los grandes sectores sistemáticos del ordenamiento”, en expresión de la STC 37/1981, de 16 de noviembre (FJ 3). En aquella ocasión, y por referencia al contenido material de la competencia sobre “legislación mercantil” (art. 149.1.6 CE), señalábamos que dicho contorno “no es en modo alguno preciso y la referencia a estos sectores como criterio de delimitación competencial hace depender tal delimitación de la opción que se tome dentro de una polémica doctrinal siempre viva” (ibidem).

Pues bien, podemos afirmar que, con la supresión del inciso final del antiguo art. 27.1 de la Ley 30/1994, el legislador estatal ha erigido a la voluntad del fundador, manifestada en el negocio jurídico fundacional, en límite infranqueable de eventuales modificaciones estatutarias, excluyendo la intervención sustitutiva del Protectorado. En todo caso estamos ante una norma que incide en el núcleo mismo de la institución fundacional, en cuanto persona jurídico-privada, que ha de reconducirse al ámbito propio de la “legislación civil” en el cual el Estado tiene, en principio, competencia exclusiva ex art. 149.1.8 CE que únicamente reconoce competencia normativa a las Comunidades Autónomas para conservar, modificar o desarrollar los derechos civiles, forales o especiales “allí donde existan”.

*Sentado lo anterior, y como quiera que la Comunidad Autónoma de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial, la regulación de este extremo contenida en el art. 24.3 en cuestión se sitúa extramuros de sus facultades legislativas, por lo que la reproducción del precepto estatal incurre en el segundo supuesto de nuestro canon sobre las *leges repetitae*, debiendo considerarse inconstitucional por tal motivo.*

Por otra parte, tampoco resulta acorde con la distribución de competencias el mantenimiento en la norma autonómica considerada del inciso suprimido en la normativa estatal. En efecto, la competencia específica que ostenta la Comunidad Autónoma en materia de fundaciones no le habilita para negar al fundador el derecho de prohibir expresamente eventuales modificaciones estatutarias que le reconoce la legislación civil general; y tal sería la consecuencia de permitir, como dispone el art. 24.3 de la Ley autonómica, la sustitución de la voluntad del fundador por una decisión del Patronato con la autorización previa del Protectorado.

En coherencia con todo lo anterior, debemos declarar que el art. 24.3 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid incurre en inconstitucionalidad por extralimitación competencial».

Dicho lo anterior, debemos señalar algunas de las peculiaridades de la Ley madrileña respecto de la estatal. No recoge la presunción de suficiencia de la

dotación de 30.000 euros que prevé el artículo 12.1 de la Ley estatal (ver art. 5 de la Ley madrileña). Por otra parte, en relación con el Patronato, el artículo 12.4 de la Ley madrileña admite la posibilidad de que personas incapaces sean miembros natos del Patronato, al establecer que «podrán ser miembros del Patronato las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos. No obstante, cuando haya de ser miembro nato una persona sin tal capacidad, actuará en su nombre su representante legal». Se separa así del criterio de la Ley 50/2002, cuyo artículo 15.2 dispone que «podrán ser miembros del Patronato las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargo público», sin prever excepción alguna a tal régimen. Lo cual por otra parte no plantea problemas competenciales, pues el citado artículo 15 de la Ley 50/2002 no tiene carácter básico ni es de aplicación general: se aplica sólo a las fundaciones de competencia estatal¹⁰. El régimen de enajenación y gravamen de bienes y derechos es más flexible en la Ley madrileña, pues según su artículo 16 la enajenación o gravamen, compromiso en árbitros de equidad o transacción de los bienes y derechos integrantes de la dotación fundacional, o vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales o que representen un valor superior al 20% del activo de la fundación que resulte del último balance anual, requerirá tan sólo comunicación al Protectorado en el plazo de un mes a contar desde su formalización. Régimen que es diverso al que prevé el artículo 21.1 de la Ley 50/2002 (basado en la previa autorización del Protectorado).

III. Las fundaciones de iniciativa pública y la reversión de los bienes y derechos de las fundaciones extinguidas

Mención especial merecen dos temas.

Por un lado, la regulación de las fundaciones de iniciativa pública, a las que la ley dedica en especial los artículos 9 y 10 (sin perjuicio de la aplicación del resto de los artículos de la ley cuando ello proceda).

Según el artículo 9 la capacidad para fundar de las personas jurídico-públicas «se regirá por los preceptos de la legislación de fundaciones que sean de aplicación general al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1 de la Constitución». En este sentido, el artículo 8 de la Ley 50/2002 (que según su disposición final 1.ª es de aplicación general, al amparo del art. 149.1.8.ª de la Constitución, y tiene su origen en el art. 6 de la Ley 30/1994) dispone en su

¹⁰ Ver disposición final primera de la Ley 50/2002.

apartado 4 que «las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario». Con carácter general, «el ejercicio de esta competencia por la Comunidad de Madrid deberá ser autorizada por Decreto del Consejo de Gobierno, que determinará las condiciones que deba cumplir la creación de la persona jurídica fundacional» (art. 9.2 de la Ley madrileña). Por otra parte, según el artículo 10, la dotación y el patrimonio de las fundaciones sujetas a la Ley madrileña de fundaciones y creadas por personas jurídico-públicas «responden de las obligaciones de aquéllas en los términos del Derecho privado, y es incommunicable con el patrimonio de tales fundadoras». Asimismo, «se aplicará al personal dependiente de las fundaciones señaladas en el apartado anterior el mismo régimen jurídico previsto para las fundaciones constituidas por personas físicas o jurídicas privadas».

Pero sin duda el apartado que más problemas plantea es el 3.º del artículo 9, según el cual «las fundaciones que desempeñen su actividad principalmente en la Comunidad de Madrid y que estén constituidas por una o varias personas jurídico-públicas cualquiera que sea el ámbito territorial de actuación de tales personas, estarán sujetas a las disposiciones de la presente Ley». En efecto, mediante este precepto se pretende atribuir a la Comunidad de Madrid el protectorado sobre tales fundaciones, algo que en nuestra opinión va más allá de lo que establece el propio Estatuto de Autonomía, que opta claramente por el ámbito territorial en el que las fundaciones desarrollan sus funciones, y no por el carácter jurídico-público del fundador.

Por lo demás, la Comunidad de Madrid ha creado numerosas fundaciones de iniciativa pública, al amparo del artículo 9 de la Ley de Fundaciones ¹¹.

¹¹ He aquí los Decretos de autorización y fundaciones cuya constitución se autoriza: Decreto 25/1999, de 11 de febrero, se autoriza la constitución por la Comunidad de Madrid de la Fundación Felipe II; Decreto 16/2000, de 3 de febrero, Fundación Camino de la Lengua Castellana; Decreto 170/2000, de 13 de julio, Fundación Canal de Isabel II; Decreto 138/2001, de 30 de agosto, Fundación para el Mecenazgo y el Patrocinio Social de la Comunidad de Madrid; Decreto 185/2003, de 24 de julio, Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario «La Princesa»; Decreto 186/2003, de 24 de julio, Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario Príncipe de Asturias; Decreto 187/2003, de 24 de julio, Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario Ramón y Cajal; Decreto 188/2003, de 24 de julio, Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario Puerta de Hierro; Decreto 189/2003, de 24 de julio, Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario Doce de Octubre; Decreto 190/2003, de 24 de julio, Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario La Paz; Decreto 191/2003, de 24 de julio, Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario Clínico San Carlos; Decreto 192/2003, de 24 de julio, Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Universitario de Getafe; Decreto 78/2005, de 2 de agosto, se autoriza la constitución por la Comunidad de Madrid de la «Fundación Madrid por la Excelencia»;

Otro de los temas capitales de la Ley de Fundaciones de Madrid es la regulación de la reversión de los bienes fundacionales. Como sabemos, el artículo 33.2 de la Ley 50/2002 es muy riguroso en la regulación de la reversión de los bienes de las fundaciones extinguidas. Según su apartado 2.º, «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». Por su parte, el apartado 3.º dispone que no obstante lo 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, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general». Es, pues, evidente, que el fundador está muy limitado en la definición del alcance de la reversión de los bienes y derechos de las fundaciones extinguidas, si bien la cuestión radica en determinar qué se entiende por «bienes y derechos resultantes de la liquidación». Sea como fuere, la Ley madrileña ha optado por un sistema más flexible, en el que, parece, se otorga más peso a la voluntad del fundador. El artículo 27.2 es, en efecto, bastante claro: «a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador». A lo que añaden los apartados 3 y 4:

«3. En el supuesto de que el fundador no haya previsto este destino, el mismo será decidido, en primer término, por el Patronato, cuando tenga re-

Decreto 115/2005, de 13 de octubre, del Consejo de Gobierno, se autoriza la participación de la Comunidad de Madrid en la creación de la Fundación «Madrid Olímpico»; Decreto 50/2006, de 8 de junio, del Consejo de Gobierno, se autoriza la participación de la Comunidad de Madrid en la constitución de la Fundación de la Energía de la Comunidad de Madrid; Decreto 86/2006, de 26 de octubre, del Consejo de Gobierno, se autoriza la participación de la Comunidad de Madrid en la Fundación Instituto de Música de Cámara de Madrid; Decreto 102/2006, de 16 de noviembre, del Consejo de Gobierno, se autoriza la participación de la Comunidad de Madrid en la creación de la Fundación «Centro de Poesía José Hierro»; Decreto 110/2006, de 7 de diciembre, del Consejo de Gobierno, se autoriza la constitución de la «Fundación ARPEGIO» por la empresa pública ARPEGIO, Áreas de Promoción Empresarial, Sociedad Anónima; Decreto 120/2007, de 2 de agosto, del Consejo de Gobierno, se autoriza la constitución por la Comunidad de Madrid de la Fundación Dos de Mayo, Nación y Libertad; Decreto 135/2007, de 18 de octubre, del Consejo de Gobierno, se autoriza la constitución de la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital «Carlos III»; Decreto 136/2007, de 18 de octubre, del Consejo de Gobierno, se autoriza la constitución de la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital Infantil Universitario «Niño Jesús».

conocida por el fundador esta facultad. A falta de ésta, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido.

4. En los supuestos del apartado anterior tales bienes se destinarán, en todo caso, a las fundaciones, entidades no lucrativas privadas o entidades públicas que persigan fines de interés general, que desarrollen principalmente sus actividades en la Comunidad de Madrid, y que tengan afectados sus bienes, incluso en el supuesto de su disolución, a la consecución de tales fines».

El artículo 27.2 se consideró contrario al artículo 34 de la Constitución en cuanto el mismo garantiza el instituto fundacional sin prever el derecho de reversión, tal como por lo demás se desprende del 31.2 de la Ley 30/1994 (que se ha reiterado en lo esencial en el 33.2 de la Ley 50/2002), y el artículo 39 del Código Civil, por lo que, como sabemos, fue recurrido ante el TC. Éste, en la reiterada Sentencia 341/2005 no ha declarado la inconstitucionalidad del precepto, pero sí ha señalado cómo debe interpretarse para ser considerado acorde al artículo 34 de la Constitución: «la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación» (FJ 7.º)¹².

¹² El TC señala que el artículo 27.2 es constitucional «interpretado en los términos expresados en el fundamento jurídico 7.º». Lo esencial de la conclusión del TC es lo que hemos expuesto en el texto. No obstante, transcribimos a continuación el texto íntegro del citado fundamento jurídico:

«7. Planteado el debate en tales términos, el examen del contenido del art. 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid, ha de realizarse a la luz que nos ofrece la consideración de las fundaciones como entidades sin ánimo de lucro. Una consideración que merece ser calificada como elemento nuclear de la figura y en la que —amén de su consideración como condición básica para el ejercicio del derecho de fundación, según resulta de lo dispuesto en los arts. 1.1 de la Ley 30/1994 y 2.1 de la Ley 50/2002, preceptos ambos dictados al amparo de la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.1 CE—, puede verse el lógico corolario de la proclamación del derecho de fundación “para fines de interés general” (art. 34.1 CE), pues ese componente finalista excluye de suyo la satisfacción de intereses particulares mediante la obtención de beneficios (cuya referencia constitucional ha de buscarse, llegado el caso, en el art. 38 CE).

Idéntica preocupación resulta de las normas estatales sobre los fines que pueden perseguir las fundaciones (arts. 2.3 de la Ley 30/1994 y 3.3 de la Ley 50/2002, dictadas ambas ex art. 149.1.1 CE), a cuyo tenor, en la redacción notoriamente más amplia de la última Ley, “en ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general”. Ahora bien, aunque de su tenor literal resulta evidente que la norma se dirige al momento de la constitución de la fundación, el control de los fines fundacionales debe prolongarse a todo lo largo de la vida de la fundación hasta su extinción.

En este punto, conviene reiterar una vez más que, como ya afirmamos en nuestra STC 49/1988, de 22 de marzo, y recordábamos en el FJ 4 de esta resolución, el concepto de fundación al que se refiere dicho precepto constitucional, coincidente con el admitido de forma generalizada entre los juristas, “considera la

fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera” (FJ 5).

Dicho de otro modo, de la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el art. 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico protegido por el art. 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al “interés general” en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación. De suerte que el mencionado precepto constitucional no cierra las opciones del legislador puesto que no limita su libertad de configuración de las fundaciones imponiéndole, como contenido esencial del derecho preservado, cuál haya de ser, una vez extinguida, el destino de los bienes y derechos con los que se dote a la fundación. Por lo demás ya hemos visto que las normas legales dictadas por el Estado al amparo del art. 149.1.1 CE no contienen criterios restrictivos en punto a esta cuestión.

Con tal entendimiento, cuando el art. 27.2 de la Ley autonómica dispone que “a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador”, lo que hace, ante todo, es situar en primer término la voluntad del fundador para decidir sobre el destino del patrimonio de la fundación extinta. Esta previsión, que no es contradictoria con lo dispuesto tanto en el art. 31 de la Ley de las Cortes Generales 30/1994 como en el art. 33 de la Ley 50/2002, donde se reconoce expresamente al fundador ese mismo derecho de elección, no puede merecer, por sí sola, reproche alguno de inconstitucionalidad puesto que no perturba la caracterización de las fundaciones como entidades no lucrativas.

Por tanto, lo que los recurrentes imputan realmente al precepto autonómico recurrido es que no prohíba expresamente el establecimiento de cláusulas de reversión de los patrimonios fundacionales, es decir, que en su tenor literal no limite esa capacidad de elección del fundador. El análisis de esta posible causa de inconstitucionalidad ha de partir de nuestra doctrina, antes reproducida, sobre el derecho de fundación y de que tal prohibición tampoco se explicita en la normativa dictada al amparo del art. 149.1.1 CE, teniendo en cuenta el principio tantas veces reiterado que propugna la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales (por todas STC 24/2004, de 24 de febrero, FJ 6).

Pues bien, con la atención puesta en el interés general que conforme a lo previsto en el art. 34 CE debe presidir las fundaciones, desde su constitución hasta su extinción, necesariamente la omisión que se reprocha no puede prevalecer sobre la finalidad orientada a la prosecución de tal interés que marca la propia Ley de la Comunidad de Madrid a las fundaciones de su competencia (art. 3), así como sobre la llamada que la misma Ley hace a la legislación estatal que sea de “aplicación general” (art. 2), legislación esta última que hoy cabe referir al art. 3.3 de la Ley 50/2002, dictado al amparo del art. 149.1.1 CE, y que igualmente preserva el interés general. Además, no hay que olvidar que en nuestro Ordenamiento jurídico la extinción de la fundación —no regulada como tal por la Ley impugnada— escapa sustancialmente a la voluntad del fundador, expresada fuera del negocio fundacional, o del órgano de gobierno de la institución, lo que contribuye a evitar que se aduldere su sentido (así resulta del art. 32 de la Ley 50/2002, dictado al amparo del art. 149.1.8 CE y el concordante art. 26 de la Ley autonómica). Por tanto si en casos concretos llegara a manifestarse una desviación patológica en la aplicación de la Ley, de suerte que la liquidación produjera un lucro para el fundador (o para las personas físicas o jurídicas designadas por él), incompatible con el interés general que debe presidir el instituto de la fundación, el Estado de Derecho cuenta con instrumentos suficientes para arbitrar los controles oportunos que cada supuesto requiera, a la vista de la legislación civil y de la normativa concreta en materia de fundaciones. En tal sentido deberá tenerse en cuenta que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación.

IV. El Protectorado y el Registro de Fundaciones

Por lo demás, hemos de señalar que en la Comunidad de Madrid se ha optado por el Protectorado disperso. Así deriva del artículo 28 de la Ley, que dispone que «el Protectorado se ejercerá por la Comunidad de Madrid, a través de las Consejerías que reglamentariamente se determine» (apartado 3). Y añade que «en el ámbito de cada Consejería la titularidad del Protectorado corresponde al Consejero, sin perjuicio de la posibilidad de desconcentración de dicha titularidad o delegación del ejercicio de la competencia» (apartado 4) ¹³.

En cuanto al Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, se regula por Decreto 20/2002, de 24 de enero, que deroga el anterior Decreto 26/1996, de 29 de febrero. Como se indica en su Exposición de Motivos,

En definitiva, la omisión que, como ya hemos dicho, los recurrentes denuncian como causa de inconstitucionalidad del art. 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid, no puede entenderse que permite al fundador hacer previsiones, para después de la extinción de la fundación, que ignoren o contradigan la finalidad de interés general que la Constitución impone como esencia de la naturaleza jurídica de la institución y que, a su vez, se establece también en el Código civil, en la Ley estatal de fundaciones y en la propia Ley autonómica impugnada.

En atención a todo lo anterior, hemos de concluir que el art. 27.2 de la Ley de fundaciones de la Comunidad de Madrid no es inconstitucional interpretado en los términos expuestos».

¹³ Por Orden 1466/2003, de 18 de diciembre, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, se desconcentran en el titular de la Secretaría General Técnica las competencias en materia de Protectorado de fundaciones de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales. Por Orden 165/2004, de 17 de febrero, de la Consejería de Sanidad y Consumo, se desconcentra en el titular de la Secretaría General Técnica las competencias en materia de Protectorado de las Fundaciones Sanitarias de la Comunidad de Madrid. Por Orden de 26 de diciembre de 2005, de la Consejería de Justicia e Interior, se desconcentran en el titular de la Secretaría General Técnica las competencias en materia de Protectorado de Fundaciones de la Vicepresidencia Segunda y Consejería de Justicia e Interior. Por Orden 2081/2007, de 31 de octubre, de la Consejería de Cultura y Turismo, se desconcentran en la Secretaría General Técnica las competencias en materia de protectorado de fundaciones. Por Orden 2/2007, de 10 de enero, de la Consejería de Presidencia, se desconcentra en la Viceconsejería de Presidencia la titularidad de las competencias en materia de Protectorado de Fundaciones de la Consejería de Presidencia. Por Orden 5547/2007, de 25 de octubre, de la Consejería de Educación, se desconcentran y delegan determinadas competencias en los titulares de las diferentes unidades administrativas de la Consejería de Educación. Por Orden 403/2007, de 7 de noviembre, del Vicepresidente Primero y Portavoz del Gobierno, se desconcentra en el Viceconsejero de la Vicepresidencia Primera y Secretario General del Consejo de Gobierno la titularidad y el ejercicio de las competencias en materia de Protectorado de Fundaciones de la Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno. Por Orden 1086/2008, de 11 de junio, de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, se desconcentran en el titular de la Secretaría General Técnica las competencias en materia de protectorado de fundaciones de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio. Por Orden de 1 de octubre de 2008, de la Consejería de Economía y Hacienda, se desconcentran en la titular de la Secretaría General Técnica las competencias en materia de Protectorado de Fundaciones de la Consejería de Economía y Hacienda.

«el Decreto tiene un contenido tanto organizativo como de funcionamiento. En efecto, atiende a regular suficientemente las actuaciones registrales, así como los instrumentos, soportes y mecanismos a través de los que éstas se llevan a cabo». Regula los actos y documentos que deben ser objeto de una actuación registral, mediante la inscripción o el depósito respectivamente, y la estructura del Registro de Fundaciones. Asimismo se regulan la denominación de las fundaciones, los requisitos de los documentos inscribibles o la anotación preventiva de ciertas resoluciones judiciales, y procedimentales. También se refiere al principio, preexistente, de intercambio de información entre Protectorado y Registro de Fundaciones. Asimismo se ocupa del alcance del principio de publicidad registral, de los medios de hacerla efectiva y de su conexión y ensamblaje con la legislación de protección del honor e intimidad personal y familiar.

V. Otras normas sobre fundaciones de la Comunidad de Madrid

Para concluir debemos mencionar el Decreto 29/1999, de 18 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Composición y Funcionamiento del Consejo de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, y el Decreto 40/1999, de 11 de marzo, por el que se determinan las normas contables y de información presupuestaria aplicables a las fundaciones madrileñas.

Derecho de fundaciones en Extremadura

Vicente Álvarez García

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

Pedro Brufao Curiel

Catedrático de Escuela Universitaria Interino de Derecho Administrativo
Universidad de Extremadura

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL TÍTULO COMPETENCIAL AUTONÓMICO EXTREMEÑO EN MATERIA DE FUNDACIONES.—III. EL POBRE DESARROLLO NORMATIVO DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE FUNDACIONES POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA.—IV. JURISPRUDENCIA.

I. Introducción

La presencia social de las fundaciones en Extremadura es muy antigua y a la vez poco frecuente, quizás debido a la poca y dispersa población y a que la organización de la sociedad civil, muy debilitada por la emigración, no cuente con la estructura característica del llamado «Tercer Sector» de otras regiones. El peso relativo del sector público en la historia reciente extremeña posiblemente explique este fenómeno.

Como ejemplos que ilustran lo dicho, la región extremeña cuenta con la Obra Pía de los Pizarro. Esta fundación, que se remonta al siglo XVI y que desarrolla hoy en día una amplia actividad, tiene su sede en la localidad cacereña de Trujillo y desempeña un gran papel en la promoción del patrimonio histórico y cultural extremeño. Otras fundaciones de interés son la Fundación Valhondo Calaff, la Fundación Maimona, la Fundación Xavier de Salas, la Fundación Magdalena Moriche, la Fundación Hospital de San Antonio, la Fundación Concha, la Fundación San José o las recientes Fundación Helga de Alvear y la Fundación Mercedes Calles y Carlos Ballester. Destacan también las fundaciones de entidades de carácter financiero como la perteneciente a la Caja de Ahorros de Badajoz y la prevista por parte de la Caja de Ahorros de Extremadura.

Debido al fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, existen algunas fundaciones de promoción principalmente pública, como la Fundación

Centro de Cirugía de Mínima Invasión, la Fundación Universidad-Sociedad de la Universidad de Extremadura, la Fundación Centro Nacional de Referencia de Aplicación de las Tecnologías de la Información y Comunicación (CENATIC), la Fundación Jóvenes y Deporte, la Fundación Ciudadanía, la Fundación del Colegio Oficial de Médicos de Cáceres o la Fundación del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Cáceres. En definitiva, apenas existe una veintena de fundaciones pertenecientes a la Asociación Española de Fundaciones (AEF). En el marco de la AEF existe, desde febrero de 2006, un Consejo Autonómico de Fundaciones.

II. El título competencial autonómico extremeño en materia de fundaciones

La Comunidad Autónoma de Extremadura carece de legislación material propia que desarrolle lo establecido en la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. El *iter* de asunción competencial en esta materia cuenta con el recorrido siguiente:

A) El Estatuto de Autonomía de Extremadura, aprobado por la Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, dispuso que la Comunidad Autónoma ejercería las competencias en fundaciones. En concreto, su artículo 10.1.c) establecía: «La Comunidad Autónoma extremeña ejercerá también competencias en las siguientes materias, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de este artículo ¹: (...) c) Fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares».

B) Transcurridos los cinco años previstos en el apartado 2 del artículo 148 de la Constitución, se efectuó una amplia transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del

¹ Este apartado 2 del artículo 10 preveía: «2. La asunción de las competencias previstas en el apartado anterior, así como de aquellas otras que, reguladas en este Estatuto, estén incluidas en el ámbito del artículo 149 de la Constitución, se realizará por uno de los siguientes procedimientos:

1) Transcurridos los cinco años a que se refiere el artículo 148.2, de la Constitución, previo acuerdo de la Asamblea de Extremadura, adoptado por mayoría absoluta y mediante Ley orgánica aprobada por las Cortes Generales según lo previsto en el artículo 147.3, de la Constitución.

2) A través de los procedimientos establecidos en los números 1 y 2 del artículo 150 de la Constitución, bien a iniciativa de la Asamblea de Extremadura bien a propuesta del Gobierno de la Nación, del Senado o del Congreso de los Diputados.

Tanto en uno como en otro procedimiento, la Ley Orgánica señalará las competencias, que pasarán a ser ejercidas y los términos en que debe llevarse a cabo».

artículo 143 de la Constitución a través de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre. En este paquete de competencias transferidas se incluyeron las fundaciones. En este sentido, el artículo 2.f) de la citada Ley Orgánica dispuso la transferencia de la competencia exclusiva «a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León» en materia de «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma».

Las competencias transferidas a la Comunidad Autónoma de Extremadura por la LO 9/1992 (y, entre ellas, la competencia en materia de fundaciones) fueron incorporadas al Estatuto de Autonomía de esta Comunidad por la LO 8/1994, de 24 de marzo, de reforma de dicho Estatuto ². En efecto, el artículo 7.1.26 del Estatuto ³ dispuso que: «Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) 26. Fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma».

C) Reiterando el título competencial en materia de fundaciones incorporado al Estatuto de Autonomía de Extremadura por la LO 8/1994, la reforma del Estatuto de Autonomía aprobada por la LO 12/1999, de 6 de mayo,

² El Preámbulo de esta LO 8/1994 decía que: «Superado el plazo de cinco años establecido en el apartado 2 del artículo 148 de la Constitución y en el Estatuto de Autonomía, la puesta en marcha de las previsiones en ellos contenidas sobre la ampliación de competencias se abordó concibiéndola como un proceso que afectaba a la esencia misma del Estado Autonomo y que, por tanto, debía ser objeto de un consenso fundamental entre las diversas fuerzas políticas que expresan el pluralismo político en las instituciones que participan en el mismo. Como consecuencia de ello, el 28 de febrero de 1992 se firmaron los Acuerdos Autonómicos, en los que se fijaban las bases para poner en práctica este proceso.

Publicada y habiendo entrado en vigor la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, que da cumplimiento al primero de los compromisos contenidos en dichos Acuerdos y es título jurídico suficiente para dicha transferencia, a tenor del artículo 150.2 del propio texto constitucional, procede ahora incorporarla al contenido mismo de los Estatutos de Autonomía, al objeto de brindarle el máximo rango jurídico-político y dar cumplimiento al segundo de los compromisos previstos para culminar el proceso.

Por ello, la Comunidad Autónoma de Extremadura, que como consecuencia de este proceso amplía sus competencias, inicia el correspondiente trámite parlamentario de reforma y adecuación de su Estatuto y, al efecto, se presenta la oportuna Proposición de Ley que dará entrada en el mismo a un conjunto de competencias, de acuerdo con las previsiones legales referidas, que amplían su capacidad de autogobierno, dando cumplimiento a las previsiones constitucionales y estatutarias respecto a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución».

³ En la redacción dada a dicho precepto por el artículo 1 de la LO 8/1994.

dispone, asimismo, en su artículo 7.1.26⁴ que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en materia de fundaciones «que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma».

III. El pobre desarrollo normativo de la competencia en materia de fundaciones por la Comunidad Autónoma de Extremadura

Al carecer de ley propia, la Comunidad Autónoma de Extremadura ha hecho un escaso uso de su competencia en materia de fundaciones, limitándose a regular cuestiones de un segundo y tercer orden. En este contexto, se sitúa, por ejemplo, la ordenación de los aspectos relativos a:

A) El Registro de Fundaciones: El Decreto de la Junta de Extremadura 2/1987, de 27 de enero, creó el Registro de Federaciones, Asociaciones, Fundaciones Culturales y Entidades Afines de carácter cultural de ámbito extremeño.

La justificación de esta norma reglamentaria está explicitada en su Exposición de Motivos, que afirma que:

«La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva, entre otras materias, en las de carácter cultural y artístico y, dentro de éstas, las referidas a conocimiento, promoción, protección y estructura de las Fundaciones, Federaciones, Asociaciones o entidades de carácter cultural, que desarrollan su actividad en el ámbito territorial de la Comunidad.

En base a ello la Junta de Extremadura cree oportuno la creación, mediante el presente Decreto, de un Registro de Federaciones, Asociaciones, Fundaciones Culturales y Entidades Afines que venga a cubrir no sólo los fines anteriormente expuestos sino a dotar a esta Comunidad de un instrumento que evite la dispersión documental existente en la actualidad en esta materia, facilite el acceso y conocimiento del ciudadano a la misma, así como se habilite un marco jurídico donde queden reguladas las actividades de los colectivos mencionados».

En este Decreto se establece que: a) Serán objeto de inscripción en el Registro los actos relativos a las Fundaciones Culturales Privadas, Asociaciones Culturales no lucrativas, y otras afines que realicen actividades culturales de carácter no permanente (art. 2); b) la inscripción en este Registro será requisito previo y necesario para poder acceder a «subvenciones, beneficios o

⁴ En la redacción dada al artículo 7 del Estatuto de Autonomía por el artículo único.3 de la LO 12/1999.

ayudas» de naturaleza pública (art. 3), y c) este Registro tendrá carácter público (art. 4).

Esta norma reglamentaria del Gobierno extremeño fue desarrollada por la Orden de la Consejería de Educación y Cultura de 9 de febrero del mismo año. En el artículo 2 de esta Orden se dispone que: «Podrán inscribirse en el Registro General de la Dirección General de Acción Cultural las Federaciones, Asociaciones, Fundaciones Culturales y entidades afines que tengan su sede dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura, cuyo ámbito de actuación no exceda del mismo y se encuentren inscritas en cualquiera de los Registros Oficiales existentes».

Por otro lado, y en lo que aquí interesa, el artículo 3 de la misma Orden regula la documentación necesaria para la inscripción de una fundación en el Registro; el artículo 4 se refiere a la comunicación de las modificaciones operadas en las fundaciones inscritas; y el artículo 6 reitera que la inscripción en el Registro General de Federaciones, Asociaciones, Fundaciones Culturales y entidades afines de la Comunidad Autónoma de Extremadura será requisito previo y necesario para obtener cualquier tipo de subvención, beneficio o ayuda pública.

B) Cuestiones orgánicas: El ejercicio de competencias en materia de fundaciones fue inicialmente atribuido, de modo general, a la Consejería de Presidencia y Trabajo por medio del Decreto del Presidente de la Junta de Extremadura 13/1995, de 2 de mayo ⁵.

En la actualidad, las competencias generales dependen de la Dirección General de Justicia e Interior de la Consejería de Administración Pública y Hacienda. En efecto, el artículo 10.1 del Decreto 194/2008, de 26 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, dispone que la citada Dirección General «ejercerá también las funciones y servicios asumidos por la Junta de Extremadura en materia de Espectáculos Públicos, Colegios Oficiales o Profesionales, Asociaciones y Fundaciones, sin perjuicio de aquéllas que correspondan a otros órganos».

En este preciso contexto, debe recordarse que el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de fundaciones a la Co-

⁵ El artículo único del citado Decreto disponía: «Se asignan a la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura las funciones y servicios que requiera el ejercicio de la competencia en materia de Fundaciones en los términos que establezca la legislación aplicable y de acuerdo con lo que dispongan los Reales Decretos de traspaso de funciones y servicios en esta materia».

munidad Autónoma de Extremadura tuvo lugar por medio del Real Decreto 639/1995, de 21 de abril.

Este Real Decreto de traspasos tiene su base en la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía de Extremadura y en el Real Decreto 1957/1983, de 29 de junio, que establecen las normas que regulan la forma y condiciones a las que han de ajustarse los traspasos de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Extremadura, así como el funcionamiento de la Comisión Mixta de Transferencias.

En el Anexo del Real Decreto de Traspasos de 1995 se fijan, entre otras cosas: «1) Las funciones que asume la Comunidad Autónoma de Extremadura y la identificación de los servicios que se traspasan: Se traspasan a la Comunidad Autónoma de Extremadura las funciones que la Administración del Estado realiza respecto de las fundaciones que desarrollan principalmente sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, y que figuran en la relación [que se] adjunta [en el apartado] número 1 [letra B]; 2) Las funciones que se reserva la Administración del Estado: En consecuencia con las funciones traspasadas a la Comunidad Autónoma de Extremadura, permanecerán en la Administración del Estado y seguirán siendo ejercidas por los Ministerios respectivos, las funciones y actividades relativas a la tutela de las fundaciones que no desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma de Extremadura [letra C)]; 3) Las funciones en que han de concurrir la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma y las formas de cooperación: Se desarrollarán coordinadamente entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Extremadura, de conformidad con los mecanismos que en cada caso se señalan, las siguientes funciones: a) La Administración del Estado facilitará a la Comunidad Autónoma de Extremadura información sobre las fundaciones que afecten a la misma; b) La Comunidad Autónoma de Extremadura, por su parte, facilitará a la Administración del Estado información sobre las fundaciones inscritas en el Registro de la Comunidad Autónoma, así como de las modificaciones producidas en el mismo; c) La Comunidad Autónoma de Extremadura suministrará a la Administración del Estado los datos básicos necesarios para la elaboración de las estadísticas de interés general relativas a los servicios traspasados. Por su parte, la Administración del Estado suministrará a la Comunidad Autónoma de Extremadura aquellas informaciones estadísticas que resulten de interés para la Comunidad» [letra D)].

C) El sector público fundacional: Pero sin duda, bajo la clara influencia de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, la regula-

ción más significativa en materia de fundaciones existente en Extremadura está contenida en la Ley 2/2008, de 16 de junio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que recoge en su artículo 160 la delimitación del sector público de la Comunidad Autónoma de Extremadura. En este orden de ideas, el apartado 1 del referido precepto indica que: «A efectos patrimoniales y de la presente Ley integran el sector público de la Comunidad Autónoma de Extremadura: a) El sector público administrativo; b) El sector público empresarial; c) El sector público fundacional».

Por lo que respecta al sector público fundacional extremeño, este mismo artículo 160, en sus apartados 4 y 5, establece que el mismo está conformado por las fundaciones del sector público autonómico extremeño, siempre que concurra en ellas alguna de las siguientes circunstancias: O bien que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sus organismos públicos o demás entidades del sector público autonómico; o bien que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades; o bien que independientemente de cuál sea la composición de la dotación inicial y de las posibles aportaciones a la misma, la representación de la Administración Autonómica en sus órganos de gobierno sea mayoritaria, directa o indirectamente ⁶.

En cuanto a su creación y régimen jurídico, a efectos patrimoniales, las fundaciones del sector público autonómico extremeño se rigen por las siguientes disposiciones:

1. La constitución, transformación, fusión y la extinción, y los actos o negocios que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público autonómico o la adquisición del tal carácter por una fundación preexistente, requerirán autorización previa del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, a propuesta del Consejero competente en materia de Hacienda, previa iniciativa de la Consejería interesada. En la constitución y en la adquisición se asegurará, en todo caso, la designación por las entidades del sector público autonómico de la mayoría de los miembros del patronato.
2. En el procedimiento autorizatorio deberá aportarse una memoria, redactada por la Consejería interesada, que habrá de ser informada por la Consejería con competencias en materia de Fundaciones, en la que, entre otros aspectos, se justifiquen suficientemente las razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general

⁶ Véase el apartado 4 del artículo 160 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 2/2008, de 16 de junio, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente.

3. Se exige también la presentación de una memoria económica, elaborada por la Consejería interesada, y que habrá de ser informada por la Consejería con competencia en materia de Hacienda. En el caso de creación de fundaciones, en la memoria se justificará la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones que les sean aplicables de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública de Extremadura.

4. En cualquier caso, las fundaciones del sector público autonómico estarán sujetas a las siguientes limitaciones: no podrán, por un lado, ejercer potestades públicas, y, por otro, únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público autonómico fundadoras, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.

5. El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por el Protectorado de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

D) En conclusión, destacamos que la legislación extremeña no presenta ningún tipo de particularidad con respecto a la estatal, siendo extraordinariamente pobre en este sentido, tanto desde un punto de vista cuantitativo como desde el cualitativo. De *lege ferenda*, sería conveniente el desarrollo del título competencial estatutario autonómico en materia de «fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma» de Extremadura mediante la aprobación y publicación de una Ley autonómica de carácter reguladora de esta materia.

IV. Jurisprudencia

El escaso peso del sector fundacional en Extremadura tiene como resultado una litigiosidad mínima. Como muestra de la anterior afirmación, no hemos encontrado jurisprudencia concreta y aplicable al sector emanada ni de las Salas de lo Contencioso-Administrativo, Civil o Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura ni de las dos Audiencias Provinciales con las voces «fundación», «fundaciones» o «fundacional».

DOCUMENTACIÓN

Nota sobre la evolución hacia un Estatuto de Fundación Europea

1. Definición

«Las fundaciones son entidades sin ánimo de lucro, independientes y libremente constituidas, con sus propias fuentes estables de financiación basadas normalmente, aunque no exclusivamente en una dotación patrimonial permanente y cuentan con su propios órganos de gobierno. Las fundaciones ponen sus bienes, derechos y recursos al servicio de su trabajo y apoyan actividades orientadas al beneficio público. Alcanzan sus objetivos brindando su apoyo a distintas asociaciones, instituciones o individuos, etc., o bien mediante la gestión de sus propios programas» [Centro Europeo de Fundaciones (EFC)–«European Foundation Centre» *«Apoyando las Fundaciones en Europa. Razones y Formas»*. Enero 2001].

La Ley española 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones las definen como *«organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general»*.

2. Evolución hacia la posible creación futura de un Estatuto de Fundación Europea.

a) *Dictámenes e Informes en relación con la Fundación Europea*

Se han ido elaborando desde hace ya tiempo Dictámenes e Informes en relación con la Fundación Europea.

Así, el Comité Económico y Social (CES), emitió su primer *Informe* en 1986 sobre *«las organizaciones cooperativas, mutualistas y asociativas en la Comunidad Europea»*, seguido por el *Dictamen de 19 de septiembre* de 1990, sobre la *Comunicación de la Comisión sobre «las empresas de la economía social y la realización del mercado europeo sin fronteras»* (DO, C, n.º 332, de 31.12.1990).

También elaboró el Comité Económico y Social el *Dictamen sobre la Propuesta de Decisión del Consejo relativa al «programa plurianual (1994–1996) de trabajo a favor de las cooperativas, las mutualidades, las asociaciones y las fundaciones de la Comunidad»* (DO, C, n.º 388, de 31.12.1994, p. 22). Dicho Dictamen ponía de manifiesto que las fundaciones figuraban en el título del programa, junto a las cooperativas, mutualidades y asociaciones, lo que tendía a reconocerlas como una cuarta familia, diferente de las coo-

perativas, las mutualidades y las asociaciones. Cuestionando su fundamento y oportunidad, el Comité resaltó que las fundaciones no eran entidades nuevas, que se citaban en la Declaración n.º 27 del *Tratado de Maastricht* y que participaban en la financiación de proyectos relativos al desarrollo de cooperativas, mutualidades o asociaciones, pero que, sin embargo, la diversidad de los objetos, actividades y formas de organización de las fundaciones invitaban a preguntarse si el programa plurianual podía referirse a todas las fundaciones. Igualmente, ponía de relieve el hecho de que, dependiendo del país, el régimen jurídico de las fundaciones variaba mucho y no siempre se podía diferenciar del de las asociaciones, y que a este respecto era significativo que no existía un proyecto de Estatuto de la Fundación Europea, sino que se citaba únicamente en el anexo del proyecto de asociación europea como persona jurídica que puede contribuir a la creación de una asociación europea. Valorando estos elementos, el Comité consideró que *«esta orientación no puede adoptarse sin haber especificado, como mínimo, las características que debe tener una fundación para poder integrarse en este sector y si conviene considerarlas como una cuarta familia»*.

Este hecho se reconoció en el *Dictamen* de abril de 2000, *«Economía social y mercado único»* (2000/C 117/11) (DO, C, n.º 117, de 26.4.2000, pp. 52-58), que define la economía social como el conjunto de «cuatro familias»: cooperativas, mutualidades, asociaciones y fundaciones (3.3).

Por otra parte, en diciembre de 1997, el Comité Económico y Social aprobó un *Dictamen de iniciativa sobre la Comunicación de la Comisión: «La cooperación con las asociaciones de solidaridad como agentes económicos y sociales en el ámbito social»* y el 28 de enero de 1998 un *Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión: «el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa»* (98/C 95/20) que tenía una vocación más global, tratando de las asociaciones y fundaciones en general.

Sin embargo, dicho *Dictamen* especificaba que las fundaciones de las que se trataba en la Comunicación eran *«independientes»* y dedicaban *«sus recursos financieros, según su propio criterio, a actividades de utilidad pública»*. El *Dictamen* resaltaba el rol fundamental de las asociaciones y fundaciones, la Comunicación mostrando claramente la necesidad de éstas para aplicar la política de la Unión en numerosos ámbitos. En cuanto a las fundaciones en Europa, subrayaba la necesidad de colaboración entre ellas pero no mencionaba la oportunidad de crear un Estatuto para la Fundación Europea. Consideraba que el principio de subsidiaridad debía permanecer en la base de la legislación relativa a las asociaciones y las fundaciones. No obstante, invitaba a los Estados miembros a asegurarse de que su normativa *«no perjudique la diversidad ni el desarrollo de las asociaciones y de las fundaciones»*.

El *Dictamen del CES sobre «los servicios sociales privados sin ánimo de lucro en el contexto de los servicios de interés general en Europa»* de 12 de septiembre de 2001 (2001/C 311/08) (DO, C, n.º 311, de 7.11.2001, pp. 33-38) también hace referencia a las fundaciones, mencionando que los «servicios sociales», en el marco del precitado *Dictamen* comprenden *«una categoría de organizaciones privadas sin ánimo de lucro con estatutos variables en cada Estado (asociaciones, fundaciones), cuyas actividades se desarrollan en los*

ámbitos de la salud y de la acción social sin que ello excluya, llegando el caso, actividades económicas subordinadas a sus principales fines sociales».

b) Otras normas de «soft law» en relación con la Fundación Europea

Aparte de los precitados Dictámenes del Comité Económico y Social, también cabe resaltar las siguientes normas que tienen un vínculo con la Fundación Europea:

- *Resolución del Parlamento Europeo sobre las asociaciones sin fines de lucro en la Comunidad Europea*, de 13 de marzo de 1987 (DO, C, n.º 99, de 13.4.1987, p. 205).
- *Comunicación de la Comisión Europea sobre «las empresas de la economía social y la realización del mercado europeo sin fronteras»* de 18 de diciembre de 1987 [SEC (1989) 2187 final] sobre la cual el Comité Económico y Social Europeo emitió el precitado Dictamen de 19 de septiembre de 1990 (DO, C, n.º 332, de 31.12.1990, p. 81).
- *Resolución del Parlamento Europeo «Fundaciones en Europa»*, de 9 de marzo de 1994 (A3-0419/93) (DO, C, n.º 91, de 28.3.1994, p. 48).
- *Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de decisión del Consejo relativa al programa plurianual (1994-96) de trabajo a favor de las cooperativas, las mutualidades, las asociaciones y las fundaciones en la Comunidad* [COM (93) 0650-C3-0112/94-94/0028(CNS)] (Procedimiento de consulta-DO, C, n.º 89, de 10.4.1995, p. 202).
- *Comunicación de la Comisión sobre «El fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa»* de fecha 4 de junio de 1997 [COM (1997) 241 final - no publicada en el Diario Oficial] que subraya la importancia de las asociaciones y fundaciones, hasta entonces subestimadas, sobre la cual el Comité Económico y Social Europeo emitió el precitado Dictamen de fecha 28 de enero de 1998 (CES 118/98). También existe una *Resolución del Parlamento Europeo sobre la misma Comunicación* [COM (97) 0241 C4-0546/97] (DO, C, n.º 226, de 20.7.1998, p. 66) que denomina las asociaciones y fundaciones, «ONG» y las trata de manera conjunta.
- *Resolución del Parlamento Europeo, sobre «las asociaciones y fundaciones»* de 2 de julio de 1998 (DO, C, n.º 226, de 20.7.1998, p. 66).
- *Documento de Reflexión de la Comisión «La Comisión y las Organizaciones No Gubernamentales: el refuerzo de la colaboración»*, de 18 de enero de 2000 [COM (2000) 11 final].
- *Comunicación de la Comisión Europea «Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo - Principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas»*, de 11 de diciembre de 2002 [COM (2002) 704 final].
- *Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo «Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar»*, de 21 de mayo de 2003 [COM (2003) 284 final].

Todas esas reglas jurídicas no dejan de ser «soft law» o normas blandas, es decir reglas que no tienen un efecto vinculante directo aunque su influencia puede, en algunas ocasiones, ser significativa, hasta el punto de convertirse en alguna ocasión, mediante el procedimiento adecuado, en «hard law», como pueden ser una Directiva o un Reglamento.

c) *La Propuesta legislativa del Centro Europeo de Fundaciones*

En la ausencia de una propuesta comunitaria, propia de las fundaciones, el Centro Europeo de Fundaciones (EFC) adoptó una iniciativa para presionar a la Comisión Europea sobre la necesidad de desarrollar un instrumento legal europeo para fundaciones en forma de un documento de trabajo, «*Mejora del Marco Legal para los Mecenas Independientes en Europa*», del que forman parte los «*Principios Legales y Fiscales Fundamentales*» que se convirtieron en 2002/2003 en un «*Borrador de Ley Modelo para Fundaciones de Interés General*».

La idea detrás de esta iniciativa era que se mejorasen las operaciones transfronterizas y las fuentes de financiación, que se evitasen las trabas burocráticas y jurídicas existentes, así como el fomento de la cooperación entre fundaciones a nivel europeo. De esta forma se pedía que se reconociera el papel desempeñado por las fundaciones, que junto con las asociaciones, cooperativas y mutualidades, realizan también actividades de carácter social e interés general que tienen relevancia europea; es decir, tal y como han sido definidos por el Comité Económico y Social en su *Dictamen de 12 de septiembre de 2001* precitado, «*servicios sociales privados sin ánimo de lucro en el contexto de los servicios de interés general en Europa*».

El precitado «*Borrador de Ley Modelo para Fundaciones de Interés General*» contenía los elementos básicos para la posterior «*Propuesta para un Reglamento sobre el Estatuto Europeo de Fundaciones*» (Enero de 2005). Dicha propuesta ha sido revisada por el Consejo Directivo del EFC y la Asamblea General de Miembros, y fue debatida con más de 400 participantes en la 15.^a Conferencia Anual del EFC, celebrada del 30 de mayo al 1 de junio de 2004.

El EFC, creado en 1989, ha sido, desde entonces, la plataforma de encuentro de numerosas Fundaciones Europeas para el intercambio de experiencias y el desarrollo de proyectos en común.

Desde noviembre de 2000, forma parte de la «*Conferencia Europea Permanente de las Cooperativas, Mutualidades, Fundaciones y Asociaciones (CEP-CMAF)*», instancia de «*concertación, de propuesta y de representación sobre las cuestiones que le son comunes, para reforzar el reconocimiento político y jurídico de la Cooperativas, Mutualidades, Fundaciones y Asociaciones (CMAF) a nivel europeo*».

d) *Las Propuestas de la Comisión Europea para la creación de Estatutos de Cooperativas Europeas, Mutualidades Europeas y Asociaciones Europeas*

La Comisión Europea presentó en 1992, tres Propuestas para la creación de Estatutos de Cooperativas Europeas, Mutualidades Europeas y Asociaciones Europeas (DO, C, n.º 99, de 21.4.1992).

Habiendo estado paralizado durante más de diez años debido, en gran medida, a la falta de consenso sobre las disposiciones de participación de los trabajadores, el desarrollo de las propuestas referidas a los Estatutos de Cooperativas, Mutualidades y Asociaciones recibieron un fuerte impulso tras la aprobación del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE), mediante el *Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001*.

El 22 de julio de 2003 se aprobó el *Reglamento (CE) n.º 1435/2003 del Consejo relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE)*. El mismo año se aprobó la *Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*. La sociedad cooperativa se define en ese ámbito como una asociación autónoma de personas que se agrupan voluntariamente para satisfacer sus aspiraciones y necesidades económicas, sociales y culturales comunes mediante una sociedad de propiedad colectiva y en la que el poder se ejerce democráticamente.

En cuanto a la tramitación de las otras dos propuestas (Estatuto de Mutualidades y Asociaciones Europeas), las Fundaciones Europeas estaban originariamente incluidas en la propuesta de la Asociación Europea y se debía regir por su Estatuto pero luego esta referencia se eliminó limitando la regulación al régimen de las asociaciones. Posteriormente, la Comisión Europea retiró las dos propuestas precitadas sobre el Estatuto de la Asociación Europea (AE) (DO, C, n.º 99, de 21.4.1992, p. 1) y de la Mutualidad Europea (DO, C, n.º 99, de 21.4.1992, p. 40), quedándose, por tanto, sin Estatuto propio ni las Fundaciones Europeas, ni las Asociaciones Europeas, ni tampoco las Mutualidades Europeas.

e) *Plan de Acción de la Comisión Europea para el derecho de sociedades y la gobernanza empresarial (mayo 2003)*

Un «Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades» establecido por la Comisión Europea publicó un Informe en noviembre de 2002 en el que, a pesar de no considerar la creación de una forma jurídica europea para las fundaciones como una prioridad a corto plazo, subrayaba el valor añadido que eso supondría y establecía que el diseño de leyes modelos podría facilitar el desarrollo potencial de una forma jurídica europea para fundaciones. Dicho Informe se realizó tras haber llevado a cabo una encuesta en el sector, en la que participó EFC.

Es basándose en las recomendaciones del precitado informe, que la Comisión Europea presentó su Plan de Acción para el derecho de sociedades y la gobernanza empresarial («Corporate Governance») en mayo de 2003. En su Plan de Acción, la

Comisión preveía estudiar la viabilidad de un Estatuto diferente para las fundaciones: *«Por lo que se refiere a la posible elaboración de una propuesta de Reglamento sobre la Fundación Europea, la Comisión tiene intención, antes de decidir la presentación de dicha propuesta, de iniciar un estudio destinado a apreciar, de manera profunda, la viabilidad de este estatuto»* [cita extraída de COM (2003) 284 final], antes de 2006.

Las conclusiones del Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades y del Plan de Acción de la Comisión coinciden con el trabajo de programa realizado por el Comité de la Unión Europea del EFC.

En la primavera de 2006 una Consulta Pública y un «Hearing» sobre las prioridades futuras del Plan de Acción de la Comisión Europea para el derecho de sociedades y la gobernanza empresarial han revelado la necesidad de realizar un labor más profunda en ese sector.

En el mismo sentido, el Parlamento Europeo, en una reciente Resolución de fecha 19 de febrero de 2009, sobre economía social [2008/2250 (INI)] *«observa que es necesario que se reconozcan unos estatutos europeos para asociaciones, mutualidades y fundaciones, con el fin de garantizar que las empresas de economía social se beneficien de un trato igualitario con respecto a la normativa de mercado interior»* y pide a la Comisión que dé curso al informe de viabilidad para el Estatuto de la Fundación Europea (...). Igualmente, la Resolución *«considera que la retirada de las propuestas de la Comisión para la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el Estatuto de la Asociación Europea, y de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el Estatuto de la Mutualidad Europea [COM(1991)0273] constituye un grave obstáculo para el desarrollo de estas modalidades de la economía social en la Unión Europea»* y *«pide, por tanto, a la Comisión que revise su programa de trabajo en consecuencia»*. Así, pide a la Comisión que vuelva a evaluar, por una parte, su *Comunicación sobre fomento de las cooperativas en Europa* y el *Reglamento (CE) n.º 1435/2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea*, según lo previsto en dichos textos y, por otra parte, su *Comunicación sobre el fomento del papel de las asociaciones y fundaciones en Europa*.

Por todo ello, la Comisión se comprometió realizar un análisis profundizado de la viabilidad de un tal Estatuto.

f) El «Informe de viabilidad para el Estatuto de la Fundación Europea»

El «Informe de viabilidad para el Estatuto de la Fundación Europea» fue, tras un concurso público, atribuido al Instituto Max Planck de Derecho Comparado e Internacional Privado en colaboración con la Universidad de Heidelberg.

Este informe muy extenso asume siete objetivos primordiales:

1. Ofrecer una descripción de los tipos más habituales de fundaciones en los Estados Miembros de la Unión Europea.
2. Presentar estimaciones de la importancia económica del sector de la Fundación Europea, también en comparación con los Estados Unidos.

3. Examinar las diferencias más significantes de regulación en cuanto al trato legal de las fundaciones en la Unión Europea.

4. Estimar las operaciones transfronterizas, las barreras a las que se enfrentan y su importancia económica.

5. Analizar la importancia y la implicación a nivel de coste de dichas barreras.

6. Explorar las posibles modalidades para eliminar las barreras existentes.

7. Evaluar otros efectos posibles de un Estatuto de Fundación Europea.

En relación con los precitados objetivos, el Informe concluye lo siguiente:

1. El sector de la Fundación Europea representa una fuerza económica primordial y contribuye de manera significativa al bienestar público («public good») de Europa.

2. La «Fundación de beneficio público» es la única especie de Fundación que todos los Estados Miembros aceptan y, en la práctica, es la más importante.

3. Existe una diferencia reglamentaria muy importante entre los 27 países miembros de la Unión Europea. Sin embargo, en relación con la Fundación de beneficio público, también existen similitudes importantes, que de forma general son más substanciales que las diferencias residuales.

4. Existen barreras legales a las operaciones transfronterizas de las fundaciones de los diferentes Estados Miembros tanto en el ámbito del Derecho civil como del Derecho fiscal. La mayoría de esas barreras se pueden superar pero eso implica costes de adaptación («compliance cost»).

5. El coste calculable de las barreras a las que se enfrentan las operaciones transfronterizas se estiman entre 90.000.000€ y 101.700.000€ al año. Además existen costes incalculables como por ejemplo el coste del cambio de sede, los costes psicológicos o los costes de fracaso, que son probablemente más altos.

6. Cinco opciones se presentan para intentar superar las barreras a las que las fundaciones se enfrentan en sus operaciones transfronterizas de y para estimular sus actividades. Dichas opciones son substancialmente diferentes en cuanto a su coste y también en lo que concierne a sus implicaciones legales y administrativas. Estas cinco opciones se corresponden a los siguientes modelos:

a) *El Modelo de Status Quo*: Este modelo implicaría que no cambiaría nada substancial desde un punto de vista legal. Podría verse alguna mejora derivada de la aplicación de reglas de no discriminación por el TJCE o proveniente de la adopción de códigos de autorregulación, sin embargo, las barreras identificadas permanecerían y los costes para superarlas no se reducirían de manera significativa.

b) *El Modelo de Harmonización y Modelo de Tratado*: Radicalmente opuesto al modelo anterior, ese modelo implicaría una armonización de las leyes de los diferentes Estados Miembros sobre las fundaciones y su régimen fiscal. A pesar de que la adopción de un tal modelo reduciría de manera sustancial los costes de las operaciones transfronterizas, puesto que las fundaciones se encontrarían en un entorno jurídico

similar en todos los Estados Miembros, su puesta en práctica parece completamente irrealista.

c) *El Modelo de Tratados*: Dos tipos de tratados son posibles:

i. Un *Tratado de Derecho civil* que prevería el reconocimiento mutuo por los Estados Miembros de la personalidad jurídica de fundaciones extranjeras.

ii. Un *Tratado de Derecho fiscal*: Los Estados Miembros otorgarían a fundaciones extranjeras un Estatuto de fundación libre de imposición fiscal, con la consecuencia que dichas fundaciones extranjeras recibirían las mismas ventajas fiscales que una fundación nacional beneficiaria de una exención fiscal.

La reducción en términos de costes es muy difícil de evaluar porque depende de los Tratados que se firmarían efectivamente entre los Estados Miembros. Si existieran Tratados entre todos los Estados Miembros, este Modelo sería comparable al Modelo de Harmonización. Sin embargo, la experiencia enseña que sería irrealista pensar que los Estados miembros fueran a pactar semejantes contratos (hoy en día no existe prácticamente ningún contrato entre los Estados Miembros en relación con ese tema).

d) *El Modelo de la Fundación Europea con y sin una exención fiscal adicional*: Este Modelo es diferente de los otros porque la Fundación Europea sería una forma jurídica adicional que superaría completamente las barreras de Derecho Civil.

La base legal sería el artículo 308 del Tratado CE, combinado con las libertades fundamentales que se aplican a las operaciones transfronterizas de las fundaciones, es decir, la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios y capitales.

Las fundaciones existentes podrían adoptar la forma jurídica de Fundación Europea si una tal transformación no contradijera la voluntad del fundador, tal y como figura en sus Estatutos.

La reducción a nivel de costes, aunque podría variar dependiendo del ámbito del Estatuto de Fundación Europea, sería significativa, tanto en relación con las barreras de Derecho Civil como con los costes incalculables (coste de traslado de sede de una Fundación, coste psicológico, coste de fracaso). Además de este efecto a nivel de los costes, la creación de un tal Estatuto podría tener, por ejemplo, los siguientes efectos adicionales: el fomento de la actuación internacional de las fundaciones y del don privado en Europa gracias a una mejor visibilidad de la forma jurídica, o el ser visto como un buen ejemplo de gobernanza.

Una variación a este Modelo sería la creación de una Fundación Europea con un Estatuto de exención de imposición (*tax-exempt status*) en todos los Estados Miembros, lo que supondría la creación y aplicación de normas fiscales adicionales. Según este modelo una Fundación Europea se beneficiaría de las mismas ventajas fiscales que una Fundación exenta de imposición fiscal en el mismo Estado Miembro.

Una Fundación Europea de ese tipo proporcionaría previsiblemente la mayor reducción de coste en comparación con los otros modelos precitados. Además dicho modelo tendría el impacto más trascendental, fomentando la financiación de causas Europeas transnacionales y tendría el potencial más significativo para desarrollar la

ciencia y la investigación tanto como otras causas de interés europeo. Llevaría a un concepto compartido de un «bienestar público europeo» («European public good»), aunque un tal concepto sólo sea factible en relación con una lista determinada de asuntos mencionados en Tratados Europeos como el objetivo de fomentar I+D y la competencia que le acompaña.

Tras comparar los precitados modelos, el Informe concluye que el del Estatuto de Fundación Europea aparece como la mejor opción. Además de la reducción de costes relacionados con las operaciones transfronterizas que implicaría la creación de un Estatuto de Fundación Europea, dicha creación tendría otros efectos positivos sobre la gobernanza de las fundaciones y «trusts» a nivel general, sobre el comportamiento de los donantes, sobre el sector corporativo, y sobre la economía europea especialmente en el sector de investigación y desarrollo (I+D).

g) *Consulta Pública de la Comisión Europea sobre la posibilidad de creación de un Estatuto para la Fundación Europea*

La Comisión Europea ha lanzado el 16 de febrero de 2009 una Consulta Pública sobre la posibilidad de creación de un Estatuto para la Fundación Europea. Introduce dicha Consulta subrayando que todavía no ha tomado ninguna decisión sobre la necesidad de que exista un tal Estatuto, ni tampoco sobre su posible contenido o estructura. Manifiesta que si se proponía la creación de un Estatuto de Fundación Europea, su objetivo sería el mismo que el que se busca con otras formas jurídicas europeas, es decir hacer posible el uso de una sola forma jurídica en vez de 27 formas jurídicas nacionales. La Fundación Europea sería paralela a la forma jurídica nacional y su uso sería opcional.

Para poder realizar una mejor evaluación de la oportunidad de crear un tal Estatuto, la Comisión ha decidido publicar el precitado Informe de viabilidad online y de lanzar a la vez una Consulta Pública con el doble objetivo de recabar opiniones sobre dicho Informe y sobre la necesidad de un Estatuto para la Fundación Europea, y también con el propósito de obtener una información más profundizada sobre los problemas a los que las fundaciones se enfrentan cuando realizan operaciones transfronterizas.

La Consulta consiste en un cuestionario en dos partes:

- La *primera parte* del cuestionario contiene preguntas de carácter general sobre la necesidad y la factibilidad de desarrollar una nueva forma jurídica y acerca del contenido de un posible Estatuto de Fundación Europea. También recoge preguntas dirigidas directamente a fundaciones que tienen como objetivo obtener una información concreta sobre las dificultades e impedimentos a los que las fundaciones se enfrentan en el Mercado Interior y también sobre el interés de las propias fundaciones en un tal estatuto.

- La *segunda parte* del cuestionario (únicamente disponible online) se dirige a donantes y a fundadores y su objetivo es obtener información acerca del potencial impacto del Estatuto de Fundación Europea sobre sus actitudes respectivas.

Dado que muchas fundaciones ya han participado al Informe de viabilidad contestando a una multitud de preguntas, la Comisión procuró que las preguntas de esta Consulta Pública no fueran reiterativas sino complementarias.

La Consulta Pública finaba en día 15 de mayo de 2009 y la Comisión publicará la información recopilada relevante en su sitio Web dedicado a las Fundaciones Europeas:

(http://ec.europa.eu/internal_market/company/eufoundation/index_en.htm).

Jurisprudencia sobre fundaciones

María Natalia Mato Pacín

Becaria de Investigación FPI
Universidad Carlos III de Madrid

I. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 2 de julio de 2008.

(Ref. Iustel: §282966)

INCUMPLIMIENTO CONTRATO: EXISTENCIA. INDEMNIZACIÓN: LUCRO CESANTE DISTINTO DE ÁNIMO DE LUCRO.

Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por *Obrascón Huarte Lain, S.A.* en relación con la resolución unilateral del contrato de obra suscrito entre la entidad mercantil y la *Real Fundación Hospital de la Reina*, por parte de esta última. El Tribunal Supremo entiende como grave y esencial el incumplimiento imputable a la entidad contratista al cesar en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales mediante la paralización de los trabajos. En cuanto a la indemnización, sostiene el Tribunal que no cabe confundir el concepto de «*lucro cesante*» o «*ganancia dejada de percibir*» como título indemnizatorio con el de «*ánimo de lucro*», cuya ausencia está recogida como elemento esencial de las fundaciones. Por tanto, puede una fundación ser indemnizada, no sólo por la pérdida sufrida sino también por la ganancia que haya dejado de obtener sin que este hecho genere un enriquecimiento injusto.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 6 de julio de 2007.

(Ref. Iustel: §269308)

NULIDAD ACUERDOS: COMPOSICIÓN, CESE, NOMBRAMIENTO PATRONATO: PROCEDENTE.

Se confirma la sentencia recurrida que declara nulos los acuerdos adoptados por la Junta General de la fundación en lo que a la composición del Consejo General, cese y nombramiento de patronos y secretario se refiere, en aplicación de la Ley de Fundaciones del País Vasco. Sostiene el Tribunal que los acuerdos tomados en la Junta de forma cuasi-unilateral por el Presidente no pueden ser aceptados por cuanto no se acomodan a la voluntad del fundador de que la institución fuera regida colegiadamente. Asimismo, no observa la Sala ninguna extralimitación al remitir testimonio de la resolución al Protectorado correspondiente puesto que, aún sin haber sido éste parte en el litigio, es el órgano administrativo de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones, que ha de facilitar y promover el recto ejer-

cicio del derecho fundamental. Por tanto, ante una situación de efectivo desgobierno y previa autorización judicial, puede asumir provisionalmente la gestión de la actividad fundacional.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 4 de mayo de 2005.

(Ref. Iustel: §238011)

ACCIÓN DE REVERSIÓN: DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA LEY 30/1994: PROCEDENTE.

La Sala considera de aplicación la disposición transitoria primera de la Ley 30/1994 en virtud de la cual, habiéndose cumplido objetivamente la condición resolutoria impuesta por el fundador en los Estatutos, cabe el ejercicio de la acción de reversión de los bienes de la fundación por parte de los herederos del fundador, una vez acreditado el interés legítimo en el ejercicio de tal acción.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 13 de mayo de 2003.

(Ref. Iustel: §211466)

EXCEPCIÓN LEY ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: INTERÉS SOCIAL: IMPROCEDENTE.

El Tribunal entiende aplicable al supuesto de hecho la Ley de Arrendamientos Rústicos por no concurrir los requisitos exigidos para la excepción del régimen de la misma en base a una «*causa de utilidad pública o interés social*», concepto relacionado con situaciones expropiatorias más que con la finalidad de interés benéfico-social de la fundación recurrida. A esto se añade que la Ley de Fundaciones del País Vasco no contiene disposición alguna sobre el régimen arrendaticio de los bienes integrados en las fundaciones.

II. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 24 de febrero de 2009.

(Ref. Iustel: §288477)

(Ver: STSJ Madrid, de 23 de noviembre de 2007)

DEPÓSITO DE DOCUMENTACIÓN CONTABLE: DENEGACIÓN PROCEDENTE.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la *Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid* con motivo de la denegación del depósito en el Registro de Fundaciones de dicha Comunidad Autónoma de la documentación contable de la citada fundación. Ésta no combate las objeciones opuestas por la Administración, tales como defectos formales o deficiente información y claridad, y apoya una interpretación del artículo 21.4 de la Ley madrileña 1/1998, de Fundaciones, en el sentido de un procedimiento de comprobación

por parte del Protectorado meramente formal y no material, en artículos y argumentos inhábiles para el acceso a la casación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 17 de febrero de 2009.

(Ref. Iustel: §288574)

DENEGACIÓN INSCRIPCIÓN REGISTRO: FINALIDAD NO LÍCITA: PROCEDENTE. SILENCIO POSITIVO: INEXISTENTE.

La Sala desestima los motivos invocados por la Universidad del País Vasco y declara conforme a Derecho la Orden que deniega la inscripción en el Registro de Fundaciones del País Vasco de la *Fundación Clínica Odontológica de la UPV*, aun sin haberse pronunciado en el plazo previsto para ello, al incluir el artículo 37 de la Ley 12/1994, de Fundaciones del País Vasco una excepción a la regla de silencio positivo para ciertos casos en los que se solicita la autorización o aprobación del Protectorado. En cuanto a la procedencia de la denegación, ésta se ve justificada por no concurrir en la Fundación un elemento esencial que afecta a la validez constitutiva, como es la finalidad lícita, dado que la actividad de la misma incluye las que son propias de la Universidad para la obtención de títulos universitarios oficiales.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 9 de diciembre de 2008.

(Ref. Iustel: §287196)

EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN: DESTINO BIENES RESULTANTES AL FUNDADOR: IMPROCEDENTE.

No ha lugar al recurso interpuesto por la *Fundación BBVA* solicitando la inscripción de modificación de Estatutos por ser tal modificación incompatible con la legislación vigente. El artículo 33 de la Ley 50/2002 limita, en términos claros y concisos, el destino de los bienes resultantes de la liquidación de una fundación a una serie de entidades no lucrativas cuyos bienes estén afectados de forma perpetua a fines de interés general, excluyendo, por tanto, cualquier derecho de reversión de dichos bienes al fundador. No cabe aquí, por otra parte, analizar la aplicabilidad de las normas de derecho transitorio que el recurrente invoca puesto que no es un caso de extinción de la Fundación y liquidación, sino de una modificación de Estatutos incompatible con la ley.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 31 de mayo de 2006.

(Ref. Iustel: §252093)

LEGITIMACIÓN ACTIVA IMPUGNACIÓN NOMBRAMIENTO PRESIDENTE TSJPV: INEXISTENTE.

El Tribunal Supremo inadmite el recurso presentado por la *Fundación Hizkuntza Eskubideeen Behatokia* contra el Real Decreto por el que se nombra Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por considerar que carece de legitimación activa. El hecho de que una fundación constituida para la defensa de unos intereses resulte legitimada para impugnar actos administrativos cuando estos intereses se

vean afectados, no extiende esta legitimación, sobre la base de unos fines genéricos, respecto de cualquier actuación de las Administraciones Públicas indiferenciadamente.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 21 de marzo de 2006.

(Ref. Iustel: §249368)

(Ver: SSTSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 2006, 10 de septiembre, 17 de febrero y 13 de enero de 2004)

LEGISLACIÓN APLICABLE: COMPETENCIAS AUTONÓMICAS Y ESTATALES: NECESIDAD DE ADAPTACIÓN ESTATUTOS A LEY 30/1994.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y confirma la resolución administrativa que deniega la elevación a escritura pública e inscripción en el Registro de Fundaciones de los estatutos de la Fundación *Asilo de Santa Eugenia*. Con independencia de la competencia exclusiva recogida en los Estatutos de Autonomía respecto de aquellas fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en la Comunidad Autónoma en cuestión, hasta que las Cortes de Castilla y León no aprobaran una Ley de Fundaciones propia continuaban en vigor las leyes y disposiciones del Estado en dicha materia, con lo que, en el momento de dictarse la Orden impugnada, resultaba de plena aplicación la Ley 30/1994, siendo necesaria, por tanto, la urgente adaptación de los estatutos de la fundación a la misma.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 22 de noviembre de 2005.

(Ref. Iustel: §246158)

INSCRIPCIÓN FUNDACIÓN: VOLUNTAD FUNDADOR Y DOTACIÓN SUFICIENTE: PROCEDENTE.

No ha lugar al recurso interpuesto contra resolución relativa a la inscripción de una fundación. Entiende el Tribunal que la Administración ejerce su actividad conforme a los fines fijados por el ordenamiento puesto que se cumplen todos los requisitos legales para dicha inscripción: la existencia de escritura pública donde se manifiesta la voluntad fundacional, junto con otros indicios, como testigos o asistencia a sesiones del Patronato, son manifestación clara de la voluntad de constituir una fundación, sin que sean suficientes unas instrucciones no redactadas de puño y letra del autor para revocar este negocio jurídico. Asimismo, también concurre el elemento patrimonial siendo la dotación suficiente para garantizar la viabilidad futura de la fundación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 4 de julio de 2005.

(Ref. Iustel: §244090)

(Ver: SAP Madrid de 21 de diciembre de 1999).

COMPETENCIA ACUERDO EXTINCIÓN: JURISDICCIÓN CIVIL.

El Tribunal desestima el recurso de casación basado en la existencia de un defecto de jurisdicción por la infracción del artículo 35 de la Ley 30/1994, sobre recursos

contra actos del Protectorado. Tratándose de acordar la extinción de una fundación es la voluntad del Patronato la que cuenta, y en su defecto, por tratarse de decisiones sobre la vida privada de las personas, la del Juez civil, siendo el cometido del Protectorado subsidiario y sin sustantividad propia. Por esto, la ley expresamente señala que es la Jurisdicción Civil y no la Contencioso-Administrativa la llamada a pronunciarse sobre la procedencia de la extinción acordada por el Patronato, supliendo la negativa del Protectorado a ratificarla.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 27 de abril de 2005.

(Ref. Iustel: 238129)

FUNDACIÓN DE INICIATIVA PÚBLICA: NATURALEZA PRIVADA.

La Sala desestima el recurso de casación interpuesto contra la negativa de una fundación a liquidar las obras de un recinto ferial por apreciar falta de competencia propia en favor de la Jurisdicción civil. Por una parte, entiende el Tribunal que, a pesar del «*levantamiento de velo*» que pretende el contratista, apoyándose en el hecho de que algunos miembros del Patronato sean Administraciones Públicas, la parte recurrida no es un ente público disfrazado bajo la personalidad jurídica ficticia de una fundación privada puesto que resulta factible la existencia de fundaciones privadas de iniciativa pública que sean verdaderas fundaciones y cuyos actos, por tanto, no sean administrativos sino privados. En cuanto a la naturaleza del contrato, ésta será administrativa sólo cuando el objeto del mismo sea la prestación de un servicio público, situación que no se aprecia en el caso concreto, puesto que el fin de interés social que da cobertura a la expropiación forzosa no tiene que conllevar la gestión de un servicio público si previamente no ha obtenido tal calificación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª), de 20 de octubre de 2004.

(Ref. Iustel: §233290)

TRANSFORMACIÓN DE CORPORACIÓN DE DERECHO PÚBLICO EN FUNDACIÓN: IMPUGNACIÓN: IMPROCEDENTE. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: IMPROCEDENTE.

La Sala se pronuncia sobre la impugnación de una disposición mediante la que se transforma una corporación de derecho público, *Patrimonio Comunal Olivero*, en una fundación, así como sobre la pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad frente a un artículo de la ley que habilita a la Administración a llevar a cabo dicha conversión. Tras declarar la falta de legitimación activa de *Unión del Olivar Español*, al entender que no se derivan efectos favorables ni adversos de la disolución de la corporación para estos actores, reconoce, en cambio, dicha legitimación a los antiguos miembros del Consejo Rector de la entidad transformada, en consideración a las funciones que venían desempeñando antes de dicha alteración. Entrando a conocer sobre el fondo de la cuestión, el Tribunal no aprecia motivos para dudar de la validez de la ley cuestionada y desestima la solicitud de declaración de nulidad de la disposición impugnada por entender que los Estatutos que rigen la fundación reproducen sustancialmente las finalidades a las que atendía la corporación previa, también sin fin de

lucro, y que, quedando afectos los bienes a los mismos fines, en beneficio del olivar y sus productos, no se verifica ninguna alteración en la naturaleza y destino del patrimonio.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 16 de febrero de 2004.

(Ref. Iustel: §225976)

AUTOCONTRATACIÓN DE PATRONO COMO DIRECTOR-GERENTE: CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES: PROCEDENTE.

La Secretaría General del Protectorado de Fundaciones Culturales deniega la autorización para proceder a la contratación de uno de los miembros del Patronato de la *Fundación César Manrique* como Director-Gerente de la misma. El patrono afectado recurre, siendo estimado su recurso por la Audiencia Nacional, hecho que da lugar a un recurso de casación por parte de la Administración por vulneración del carácter excepcional de la figura de la autocontratación en la Ley 30/1994. El Tribunal desestima este recurso de casación entendiendo que, aunque el artículo 13.3 de la Ley 30/1994 dispone la gratuidad del cargo de patrono, admite también la posibilidad de la denominada autocontratación, siempre que no encubra una remuneración del Patronato o que el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no sea inferior al valor de la prestación que deba realizar la misma. No parece en este caso, a la vista de la gestión sin reproches llevada a cabo por el patrono en cuestión, que se vayan a producir disfunciones o conflictos de intereses por la acumulación de ambos cargos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 20 de diciembre de 2003.

(Ref. Iustel: §222341)

ATRIBUCIONES PROTECTORADO: ANULACIÓN CESE DE PATRONO POR PATRONATO: INEXISTENTE.

El Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto por un miembro del Patronato de la *Fundación Gala-Salvador Dalí* cesado por un acuerdo del órgano de gobierno de la misma y que, entendiendo que tal acuerdo es irregular por ser contrario a la ley, a la voluntad del fundador y a los Estatutos, solicita al Protectorado una inspección de la fundación imponiendo el cumplimiento de las leyes. De la lectura del artículo 32 de la Ley 30/1994 se desprende que el Protectorado tiene atribuidas funciones de control referidas expresamente al cumplimiento de los fines fundacionales según la voluntad del fundador, por un lado, y, por otro, al funcionamiento interno de la fundación según la legalidad. No establece, por tanto, un control ilimitado del Protectorado sobre el funcionamiento interno de la fundación sino tan sólo una intervención en casos excepcionales teniendo su sede el resto en el orden jurisdiccional civil.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 21 de octubre de 2003.

(Ref. Iustel: §217915)

[En el mismo sentido: SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 12 de diciembre de 2005, 15 de marzo de 2000]

INSCRIPCIÓN DE FUNDACIONES EN EL REGISTRO: DENEGACIÓN DEFINITIVA IMPROCEDENTE.

La Sala estima parcialmente el recurso interpuesto por la *Organización Impulsora de Discapacitados* que pretende la nulidad de la Resolución de la Secretaría General de Asuntos Sociales que, basándose en informes desfavorables obtenidos, según los cuales la entidad realiza actividades ilegales respecto de las que existen procesos sancionadores abiertos, deniega la inscripción en el Registro correspondiente de la *Fundación O.I.D.* Estos argumentos son mantenidos por la Audiencia Nacional, que propone la suspensión de la inscripción en tanto no se resuelven los procedimientos judiciales iniciados. Sostiene el Tribunal, en base al artículo 36.2 de la Ley 30/1994, que la inscripción de una fundación requiere informe favorable en cuanto a la persecución de fines de interés general y a la suficiencia de la dotación. Aunque en base a los procesos penales abiertos contra las actividades desarrolladas sin habilitación legal por la solicitante se podría poner en cuestión la concurrencia del requisito de persecución de fines de interés general, la presunción de inocencia recogida en el artículo 24.2 de la Constitución española hace que proceda declarar nulo el acto impugnado y retrotraer las actuaciones para que la administración competente se pronuncie sobre este extremo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 10 de marzo de 2003.

(Ref. Iustel: §213940)

EXPROPIACIÓN FORZOSA: DECLARACIÓN DE UTILIDAD PÚBLICA: ACTIVIDAD FUNDACIONAL DE INTERÉS SOCIAL: EXISTENTE.

El Tribunal Supremo anula la sentencia recurrida y declara ajustado a Derecho el Decreto que establece la utilidad pública de las obras de ampliación del cementerio, cuyo servicio en exclusiva presta la fundación y para las cuales ha tenido que solicitar un préstamo. La Ley de 17 de julio de 1945, de Expropiación Forzosa para Instituciones privadas de interés público, que establece que las obras deben realizarse con cargo a los fondos de estas entidades, debe ser interpretada a la luz de la realidad social. Así, y tras aludir al artículo 34 de la Constitución española, a la Ley catalana de Fundaciones y a las Leyes 30/1994 y 50/2002, pone de relieve el Tribunal que el interés general que sirve la fundación es patente y que representa un claro ejemplo de la interacción entre el Estado y los agentes sociales. Dado que la legislación de fundaciones ha avanzado hacia un régimen dinámico y menos restrictivo, permitiendo a las fundaciones constituir sociedades o llevar a cabo directamente explotaciones económicas, no cabe entender que con el recurso al préstamo se esté incumpliendo la condición establecida en la citada Ley de 1945, pudiendo, además, interpretar que el capital obtenido mediante préstamo se incorpora al patrimonio de la fundación. Asimismo, debe rechazarse la equiparación entre fin de lucro y gratuidad.

III. Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 6 de octubre de 2008.

(JUR 2008/336730)

SOLICITUD EXTINCIÓN FUNDACIÓN: INCUMPLIMIENTO FINES: NO PROBADO: IMPROCEDENTE.

La Sala desestima el recurso interpuesto por dos miembros del Patronato solicitando la apertura del trámite de extinción de la fundación por incumplimiento del fin fundacional, al existir impedimentos u obstáculos de carácter económico. Parte el órgano jurisdiccional de la falta de datos que apoyen que los fines de la fundación no se están cumpliendo o que son de imposible cumplimiento y de que, a la vista de la documentación de las reuniones del Patronato, parece que el problema reside en controversias internas en el seno de la fundación a consecuencia de la no conformidad de la parte actora con la gestión y funcionamiento de la misma, controversias que no pueden solucionarse por la vía de la extinción.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 22 de octubre de 2007.

(JUR 2007/334786)

DENEGACIÓN INSCRIPCIÓN EN REGISTRO COMO EMPRESA: DISTINTA NATURALEZA: PROCEDENTE.

La Sala confirma la sentencia recurrida en base a una clara distinción entre la figura jurídica fundacional y la empresarial. Si bien la legislación actual sobre fundaciones permite a estas personas jurídicas desarrollar actividades económicas para lograr sus fines y objetivos, no pueden participar en el mundo económico en igual condición y métodos que las empresas mercantiles, puesto que el elemento que preside la actividad de las primeras es la ausencia de ánimo de lucro y de competencia, frente a la finalidad de lucro y de libre competencia que son características de la actividad de las empresas. Por ello, no es procedente la inscripción de una fundación en un Registro que tiene por objeto la inscripción de empresas.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 15 de junio de 2006.

(JUR 2006/183290)

INCUMPLIMIENTO DE FUNCIONES POR PROTECTORADO: INEXISTENTE.

La Audiencia desestima el recurso por no encontrar acreditado que, ante unas presuntas irregularidades en el proceso de selección de los candidatos de un Colegio Mayor, la Administración haya incumplido su deber de investigar dichas anomalías en base a las funciones que el artículo 35.1 de la Ley 50/2002 atribuye al Protectorado, en la medida en que, a la falta de indicios concretos, se suma la existencia de un alto

componente de apreciación subjetiva en el proceso de selección, valoración del Patronato que no puede ser sustituida por el Protectorado.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 3 de mayo de 2006.

(JUR 2006/158758)

MODIFICACIÓN ESTATUTARIA: CONVENIENTE PARA FUNDACIÓN: PROCEDENTE.

La Sala desestima el recurso interpuesto y entiende ajustada a Derecho la resolución que acuerda la modificación de los Estatutos de la *Fundación Hermanos Pesquero Muñoz*. No aprecia la Audiencia la existencia de un ejercicio abusivo por parte del Presidente por el hecho de convocar la reunión fuera de la ciudad donde tiene el domicilio social la fundación al ser esto habitual. Por otra parte, parece acreditado que la modificación estatutaria cumple con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 30/1994 por revestir un claro interés para la fundación el hecho de que, entre otras menciones, se supriman los patronos vitalicios, de modo que se logre un funcionamiento más responsable y se reduzcan tensiones en el órgano de gobierno, sin que esto vulnere la voluntad del fundador, que dejó abierta la posibilidad de modificaciones.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 28 de septiembre de 2005.

(JUR 2005/262473)

EXTINCIÓN: REVERSIÓN BIENES: PROCEDENCIA: NO APLICACIÓN LEY 30/1994.

La Audiencia constata el incumplimiento de la finalidad fundacional por parte de la *Fundación Instituto Homeopático y Hospital San José* y estima el recurso contra la resolución que deniega la extinción de la misma. En cumplimiento de la clara voluntad del testador, y al no ser de aplicación la Ley 30/1994, por no estar vigente a la fecha del acto impugnado, ni su disposición transitoria primera, pues su alcance se limita a las denominadas fundaciones «a fe y conciencia», caso distinto del analizado, procede obtener la reversión de los bienes objeto de la dotación.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 5 de octubre de 2004.

(JUR 2005/218312)

PUBLICIDAD REGISTRAL: EXTENSIVA A DOCUMENTOS CONTABLES Y ECONÓMICOS.

La Audiencia reconoce el derecho del recurrente a la expedición de copias de documentos contables de la fundación. Tanto la ley como el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, partiendo de una interpretación integradora y atendiendo a la finalidad de publicidad que se persigue, permiten concluir que la publicidad se extiende a los asientos registrales y a los anexos, publicidad que no puede

suplirse con la simple puesta de manifiesto a examen sino que debe abarcar el derecho a la expedición de copias.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 21 de septiembre de 2004.

(*JUR 2004/980*)

INSCRIPCIÓN MODIFICACIÓN ESTATUTOS: DENEGACIÓN PROCEDENTE.

La Audiencia desestima el recurso contra la resolución del Secretario General Técnico del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte por entender no ajustada a la legalidad la modificación estatutaria de la recurrente y no procedente, por tanto, su inscripción, ya que los Estatutos recogen el reconocimiento de la condición de entidad sin ánimo de lucro y el consiguiente disfrute del régimen fiscal propio, reconocimiento que sólo corresponde a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. Por otra parte, y por aplicación analógica de las normas que regulan el funcionamiento de los Registros de la Propiedad y Mercantil, para que la inscripción parcial del resto de las modificaciones pueda llevarse a cabo, debe ser solicitada expresamente.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 29 de abril de 2003.

(*JUR 2006/275008*)

SUSPENSIÓN INSCRIPCIÓN NOMBRAMIENTO PATRONOS: PROCEDIMIENTO PENAL ABIERTO: IMPROCEDENTE.

La Audiencia estima el recurso interpuesto contra la resolución que deja en suspenso la inscripción del nombramiento de nuevos patronos de la fundación recurrente en tanto no se resuelva la querrela por delitos societarios contra ellos. Una vez establecida la competencia de la jurisdicción administrativa en lo que al Registro de Fundaciones se refiere, dada su naturaleza administrativa basada, entre otros motivos, en su actividad enmarcada en la intervención pública de las fundaciones, apunta que, si la validez de un acto cuya inscripción se solicita se encuentra pendiente del resultado de un procedimiento penal, el Encargado del Registro debe proceder a la paralización de la inscripción. Sin embargo, y teniendo en cuenta que aunque la sentencia penal que se dicte en el procedimiento penal concluyera condenando a los querrelados, no tendría incidencia en el acuerdo del nombramiento de los nuevos patronos, procede declarar la suspensión de la inscripción como no ajustada a Derecho.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 9 de julio de 2002.

(*JUR 2003/58471*)

MODIFICACIÓN ESTATUTARIA: CONTRADICCIÓN CON LEY: IMPROCEDENTE.

La Sala confirma la resolución recurrida que deniega la inscripción de la modificación estatutaria de la *Fundación Casa Álvarez de Toledo y Mencos* al apreciar discor-

dancia con el artículo 31.2 de la Ley 30/1994 sin que sea posible, bajo el argumento del respeto a la voluntad del fundador, recoger en los Estatutos una pretensión de los fundadores que ha quedado sin efecto y cuya viabilidad no sería posible aplicar dentro de la legislación actual.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 13 de junio de 2002.

(JUR 2003/58429)

[Ver: SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 24 de julio de 2001]

EXIGENCIA RESPONSABILIDAD PATRONOS: PROCEDIMIENTO REGULAR: NULIDAD IMPROCEDENTE.

La Sala confirma la resolución recurrida por ajustarse al ordenamiento jurídico en cuanto que, siguiendo el procedimiento legalmente establecido para ello, se limita a considerar la posibilidad de exigir responsabilidad a los miembros del Patronato por determinadas enajenaciones de bienes del fundador sin atenerse al régimen de autorización previa del Protectorado, siendo este procedimiento previo y distinto de aquel en el que se ejercite la acción de responsabilidad propiamente dicha ante la jurisdicción competente y en la que serán pertinentes las alegaciones de fondo.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 21 de enero de 2002.

(JUR 2003/58271)

INSCRIPCIÓN RENUNCIA PATRONOS: CUMPLIMIENTO FORMALIDADES: PROCEDENTE.

La Audiencia desestima el recurso interpuesto por dos antiguos miembros del Patronato pretendiendo la no procedencia de la inscripción de su renuncia por haber continuado en el desempeño de su cargo durante más de tres años. Entiende el órgano jurisdiccional que procede dicha inscripción registral puesto que cumple con todas las formalidades establecidas al aparecer documentada la renuncia en el acta de la reunión del Patronato, documento privado, con firmas de ambos patronos legitimadas notarialmente.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 24 de octubre de 2001.

(JUR 2002/9959)

DENOMINACIÓN COINCIDENTE: NO PROVOCA CONFUSIÓN: NO EXISTE.

La Sala desestima el recurso por considerar que no hay riesgo de confusión entre las denominaciones de dos fundaciones, *Fundación Salud y Sociedad* y *Fundación Salud, Innovación y Sociedad*, puesto que, aunque presentan vocablos semejantes, existe un elemento distintivo que hace que se perciban como no coincidentes.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 24 de julio de 2001.

(*JUR 2001/1264*)

[*Ver: SAN (Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 13 de junio de 2002*]

AUTORIZACIÓN ENAJENACIÓN DERECHOS HEREDITARIOS:
VENTA BENEFICIOSA: PROCEDENTE.

La Audiencia confirma la resolución impugnada por la que autoriza la enajenación de los derechos hereditarios de la fundación sobre bienes procedentes de la herencia del fundador por entender que se ajusta al régimen establecido por la Ley 30/1994. Así, se ha aportado la documentación pertinente, entre la que se encuentran hasta tres valoraciones realizadas por separado, y han sido justificadas las condiciones beneficiosas de la enajenación. A todo ello se le debe sumar que la mayoría absoluta de los patronos se muestra favorable a la venta con lo que, concluye la Sala, no existen elementos objetivos suficientes que permitan al Protectorado denegar la autorización pues podría resultar tal denegación lesiva a los intereses de la fundación.

**IV. Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia
(Sala de lo Contencioso-administrativo)**

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª), de 26 de junio de 2008.

(*JUR 2008/293405*)

ACUERDO DE EXTINCIÓN: IMPOSIBILIDAD CUMPLIMIENTO FINES: IMPROCEDENTE

La Sala desestima el recurso interpuesto por la *Fundación Madrid Nuevo Siglo* por considerar ajustada a Derecho la Orden que se opone al acuerdo de disolución adoptado por el Patronato de la citada Fundación. El Protectorado ostenta competencia para analizar el acuerdo de extinción, tanto desde el punto de vista de los requisitos formales como en lo que a la veracidad de las causas alegadas para tal extinción se refiere, habiendo actuado, al oponerse a la disolución, sin extralimitación en sus funciones. No sólo se ha infringido el precepto estatutario donde se recogen las reglas de mayorías en las votaciones sino que no se puede considerar que la fundación haya conseguido el fin social ni que, por no organizar los Juegos Olímpicos de 2012, sea de imposible consecución en el futuro.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 16 de mayo de 2008.

(*JUR 2008/348378*)

DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO: DOTACIÓN NO ADECUADA Y SUFICIENTE.

El Tribunal desestima el recurso contra la Orden que deniega la clasificación e inscripción de la fundación recurrente en el Registro de Fundaciones. No se puede

entender que la fundación adquiriera personalidad jurídica en el momento en el que faltaba la mención a la dotación, valoración, forma y realidad de su aportación, sino sólo a partir de su válida constitución, cuando ya había entrado en vigor la Ley 50/2002, norma que exige una aportación mínima o, en su defecto, un estudio económico que justifique la viabilidad de las actividades a desarrollar, requisitos no aportados por la actora.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª), de 23 de noviembre de 2007. (JUR 2008/119083)

[Ver: STS (Sala 3.ª), de 24 de febrero de 2009]

(En el mismo sentido: SSTSJ de Madrid, de junio y 16 de junio de 2008, 10 de noviembre de 2006)

DENEGACIÓN DEPÓSITO DOCUMENTACIÓN CONTABLE: INCUMPLIMIENTO REQUISITOS: PROCEDENTE.

Se declara la conformidad con el ordenamiento jurídico de la resolución que deniega el depósito en el Registro correspondiente de la documentación contable de la *Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid* por los defectos e información incompleta que presenta tal documentación, especialmente en lo que a la viabilidad y repercusiones financieras de una operación inmobiliaria se refiere, sin que, tras reiteradas advertencias y solicitudes a la actora, haya subsanado las omisiones o deficiencias en las que incurre. No cabe entender que el Protectorado esté facultado sólo para realizar un examen meramente formal de los documentos y no entrar al fondo de los mismos puesto que, tal y como se desprende del artículo 21 de la Ley 1/1998, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, el Protectorado está plenamente sometido en su actuación al principio de legalidad, por lo que ha de comprobar la adecuación a la normativa aplicable de las cuentas, donde debe constar de modo cierto la situación económica, financiera y patrimonial de la fundación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 2 de noviembre de 2007. (JUR 2008/57098)

MODIFICACIÓN ESTATUTARIA: AJUSTADA A DERECHO.

El Tribunal desestima el recurso contencioso-administrativo al no encontrar impedimento para entender como ajustada a Derecho la modificación estatutaria de adaptación a la Ley 50/2002 ratificada por dos de los patronos de la fundación: los defectos en las formalidades de la convocatoria fueron corregidos en el segundo llamamiento y no se aprecia infracción de las reglas en cuanto a quórum y mayorías en las votaciones.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a), de 31 de julio de 2007.
(*JUR* 2007/335937)

DENEGACIÓN INSCRIPCIÓN: PROCEDENTE: DOTACIÓN INSUFICIENTE.

La Sala desestima el recurso interpuesto por la *Fundación para el Estudio de las Enfermedades Cardiológicas Secundarias a enfermedades Endocrinológicas* por entender ajustada a derecho la denegación de clasificación e inscripción en el Registro de Fundaciones de la citada entidad. A pesar de que parte del capital inicial está formado por el trabajo de los profesionales adscritos a la fundación, lo insuficiente de la dotación y la ausencia de justificación de la forma de cumplimiento de los fines con la misma, da lugar a que el informe desfavorable del Protectorado que impide la inscripción sea procedente.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a), de 10 de marzo de 2006.
(*JUR* 2008/63664)

INSCRIPCIONES REGISTRO DE FUNDACIONES: PROCEDENTE.

La Sala declara la inadmisibilidad de las alegaciones del recurrente contra una serie de inscripciones de la *Fundación Dina Cosson* en el Registro de Fundaciones de Madrid por entender que la calificación efectuada por la Encargada del Registro de dos constituciones, sobre una misma fundación y estatutariamente contradictorias, es correcta: es lícito interpretar que la voluntad de la fundadora al redactar su testamento ológrafo era dar continuidad a la primitiva fundación, ampliando tanto la dotación como el objeto de la misma y designando nuevos patronos.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 26 de enero de 2006.
(*JUR* 2006/89803)

[Ver: STS (Sala 3.^a), de 21 de marzo de 2006; SSTSJ de Castilla y León, de 10 de septiembre, 17 de febrero y 13 de enero de 2004]

INSCRIPCIÓN CUENTAS ANUALES: RETRIBUCIÓN PATRONO: DENEGACIÓN PROCEDENTE. NORMATIVA APLICABLE: COMPETENCIAS AUTONÓMICAS Y ESTATALES.

La Sala entiende de aplicación la Ley estatal 30/1994, ya que, mientras las Cortes de Castilla y León no elaboren su propia Ley de Fundaciones, continuarán en vigor las leyes y disposiciones actuales del Estado en dicha materia. Teniendo en cuenta esto, no existe adecuación de las cuentas anuales de la *Fundación Asilo de Santa Eugenia* a la normativa vigente, haciendo especial referencia al sistema de retribución del Patronato, expresamente prohibido por la Ley 30/1994, que sólo permite el resarcimiento de los gastos de administración, esto es, aquellos directamente ocasionados a

los órganos de gobierno por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 14 de enero de 2005. (RJCA 2005/16)

SEGREGACIÓN FUNDACIONES BENÉFICAS: DENEGACIÓN PROCEDENTE.

El Tribunal entiende procedente la resolución impugnada que niega la segregación por parte de la *Fundación Raúl* de la denominada *Fundación Social de Segovia* en la que se agregaron hasta veintidós fundaciones en el año 1964. Mientras que por aplicación de la Ley 13/2002, de Fundaciones de Castilla y León y su equivalente a nivel estatal, Ley 50/2002, la segregación exige el acuerdo favorable del Patronato de la fundación en la que quedó agregada, no sólo no hay acuerdo en el supuesto de hecho, sino que existe una oposición expresa a la misma.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 10 de septiembre de 2004. (JUR 2004/254961)

[Ver: STS (Sala 3.ª), de 21 de marzo de 2006; SSTSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 2006, 17 de febrero y 13 de enero de 2004]

(En el mismo sentido: SSTSJ de Castilla y León, de 9 de julio y 3 de febrero de 2004)

INSCRIPCIÓN CUENTAS ANUALES: RETRIBUCIÓN PATRONO: AUTOCONTRATACIÓN: IMPROCEDENTE. NORMATIVA APLICABLE: COMPETENCIAS AUTONÓMICAS Y ESTATALES.

La Sala desestima el recurso interpuesto por la *Fundación Asilo Santa Eugenia* en la medida en que, al entender de aplicación la Ley estatal 30/1994, por no haber aprobado las Cortes de Castilla y León una Ley de Fundaciones propia hasta ese momento, no es adecuada a dicha normativa vigente la pretensión de justificar unos gastos derivados de la contratación del patrono con la fundación sin la previa y preceptiva autorización, pues tanto la retribución del Patronato como la autocontratación están expresamente prohibidas por la ley.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª), de 21 de junio de 2004. (RJCA 2004/610)

INSCRIPCIÓN PATRONO: PROCEDENTE. INSCRIPCIÓN CESE PATRONO POR NO CUMPLIMIENTO REQUISITOS: PROCEDENTE.

El Tribunal confirma las resoluciones impugnadas. Por una parte, la inscripción del nuevo patrono se ajusta a la legalidad puesto que ni del artículo 13.3 de la Ley 30/1994 ni de los Estatutos de la fundación se desprende que exista obligación alguna de comparecer ante el Patronato de la misma con carácter previo a la compa-

recencia en el Registro de Fundaciones. Por otra, los Estatutos exigen, de forma clara, la necesidad de los profesores eméritos de estar vinculados contractualmente con carácter temporal al Departamento para poder ostentar el cargo de patrono, condición que no concurre en el recurrente.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 17 de febrero de 2004. (JUR 2007/230764)

[Ver: STS (Sala 3.ª), de 21 de marzo de 2006; SSTSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 2006, de 10 de septiembre y 13 de enero de 2004]

DENEGACIÓN DEPÓSITO CUENTAS ANUALES: IMPOSIBILIDAD VERIFICAR SITUACIÓN REAL: PROCEDENTE. NORMATIVA APLICABLE: COMPETENCIAS AUTONÓMICAS Y ESTATALES.

Desestima el Tribunal el recurso interpuesto por la *Fundación Asilo Santa Eugenia* por considerar conforme a Derecho la Orden que deniega el depósito de las cuentas anuales de la fundación por no poder comprobar la adecuación de las mismas a la normativa vigente. Aunque la documentación presentada sigue formalmente la normativa, no han podido verificarse los datos consignados en las mismas en su totalidad, siéndole imposible, por tanto, al Protectorado verificar que dichas cuentas sean un reflejo real de la situación económica, financiera y patrimonial de la fundación, obligación a la que está sometido.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 13 de enero de 2004. (JUR 2004/251763)

[Ver: STS (Sala 3.ª), de 21 de marzo de 2006; SSTSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 2006, de 10 de septiembre y 17 de febrero de 2004].

INSCRIPCIÓN MODIFICACIÓN ESTATUTOS: NO AJUSTADA A NORMATIVA: IMPROCEDENTE. NORMATIVA APLICABLE: COMPETENCIAS AUTONÓMICAS Y ESTATALES.

La Sala desestima el recurso que solicita la anulación de la Orden desfavorable a la modificación de los Estatutos de la *Fundación Asilo de Santa Eugenia* por no ajustarse las prescripciones en ellos contenidas en extremos tales como la composición de los órganos de gobierno y administración, forma de deliberar y adoptar acuerdos, causas de cese de patronos o autocontratación, a la legislación aplicable, que, al no haber aprobado las Cortes de Castilla y León una Ley de Fundaciones propia hasta ese momento, no es otra que la Ley estatal 30/1994. No aprecia el Tribunal incompetencia del órgano del que emana la resolución, que ésta esté basada en razones de oportunidad ni que se dé el presupuesto para la desviación de poder, dado que no queda probada la disfunción entre el fin objetivo de la norma y el fin subjetivo instrumental perseguido por el órgano decisorio.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª), de 9 de mayo de 2003.

(JUR 2004/157068)

LEGITIMACIÓN ACTIVA: EXISTENCIA. REPRESENTACIÓN: INEXISTENCIA.

La Sala declara la inadmisibilidad del recurso interpuesto en nombre de la *Fundación Niñas de Alcacer* puesto que, si bien puede entenderse que la impugnación de resoluciones administrativas se podría enmarcar dentro de la relativa capacidad de obrar que se le reconoce a las fundaciones constituidas pero no inscritas, se aprecia falta de representación al actuar el Letrado en virtud de un poder otorgado por el Secretario de la fundación quien, no sólo no goza de facultades de representación, sino que además otorga el poder en nombre propio.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 19 de septiembre de 2002.

(RJCA 2002/786)

FINES DE INTERÉS GENERAL: EXISTENCIA. CONTENIDO ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN: NO AJUSTADO A DERECHO.

La Sala desestima el recurso interpuesto por la *Fundación Alarife* al apreciar que no procede la inscripción de dicha fundación: aunque sus fines pueden reconducirse dentro de los marcados como de interés general por la Ley 30/1994, teniendo en cuenta la interpretación del Tribunal Constitucional acerca de este concepto jurídico indeterminado, no se aprecia cumplimiento de la legalidad en cuanto al contenido de la escritura en lo que al tipo de Órganos de Gobierno y facultades otorgadas a los mismos respecta.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 8 de mayo de 2002.

(JUR 2002/1080)

MODIFICACIÓN ESTATUTOS: PROCEDIMIENTO: PROCEDENTE. CONTRADICCIÓN CON VOLUNTAD FUNDADOR: INEXISTENTE.

El Tribunal desestima el recurso contencioso-administrativo por considerar ajustada a Derecho la modificación de los Estatutos de la *Fundación Monte Castrove*, no sólo desde el punto de vista procedimental, al no exigir ni la legislación gallega sobre fundaciones ni la estatal, la necesidad de aprobación previa independiente de la modificación por parte de los miembros de la fundación sino sólo a través del órgano de gobierno de la misma, sino también en cuanto al contenido, pues no se aprecia contradicción con la voluntad del fundador por el hecho de poder aprobarse la baja de los integrantes del Patronato que no cumplan con la contribución económica, siempre y cuando concurren las mayorías estipuladas.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 11 de septiembre de 2001. (JUR 2004/32797)

INSCRIPCIÓN MODIFICACIÓN ESTATUTARIA: PROCEDENTE CON SALVEDADES. DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA LEY 30/1994: INAPLICABLE.

La Sala entiende como procedente la resolución que da lugar a la inscripción de los Estatutos de la *Fundación Josefa Ahuir Miquel* así como las salvedades que contiene. No es de aplicación a la fundación la disposición transitoria primera de la Ley 30/1994 en la medida en que las facultades de control y autorización previas por parte del Protectorado que se establecen para la enajenación, gravamen, herencias y donaciones no implican un apoderamiento por parte de este órgano, no pudiendo entender de aplicación la cláusula resolutoria establecida por la fundadora. Por otra parte, consta la voluntad expresa del Patronato de adaptar los estatutos a la ley vigente y, al no haber solicitado la emisión de la certificación de actos presuntos, puede la Administración actuar a título de Protectorado a pesar del tiempo transcurrido.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 9 de febrero de 2001. (JUR 2001/124373)

(*En el mismo sentido: STSJ Castilla y León, de 24 de enero de 2003*)

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE: LEY 30/1994. CONDICIONAMIENTO DE AUTORIZACIÓN AL PLAZO DE ADAPTACIÓN ESTATUTOS: IMPROCEDENTE.

Se estima parcialmente el recurso interpuesto por la *Fundación María del Carmen Andino*. En virtud de la disposición transitoria primera de la Ley 30/1994 y dado que la cláusula de prohibición de intervención administrativa, eclesiástica o judicial contenida en el testamento de la fundadora no está configurada como una condición resolutoria de la fundación, ésta, en contra del criterio de la recurrente, está sujeta a dicha Ley 30/1994, en aplicación de la cual deberá solicitar autorización al Protectorado para llevar a cabo la enajenación de bienes de la dotación, por no ser aplicable la excepción recogida en el artículo 19.1 de la citada ley estatal. No procede, sin embargo, condicionar tal pronunciamiento al plazo de dos años de adecuación de los Estatutos a la nueva normativa.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 27 de enero de 2000. (RJCA 2000/1265)

COMPETENCIA JURISDICCIÓN: NATURALEZA FUNDACIONES PÚBLICAS SANITARIAS.

El Tribunal analiza la naturaleza jurídica de la *Fundación Hospital Alcorcón*, concluyendo que, a la vista de los Estatutos, su régimen normativo, el régimen de su patri-

monio o quien asume el Protectorado, entre otras menciones, se trata de una entidad de Derecho Público, siendo competente la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), 17 de noviembre de 1998. (RJCA 1998/4826)

DESIGNACIÓN ADMINISTRATIVA DE PATRONO: IMPROCEDENTE.

La Sala anula la resolución recurrida, mediante la que se acordaba inscribir en el Registro de Fundaciones de Interés Gallego el nombramiento del Presidente del Patronato de la *Fundación Ramón González Ferreiro*, por considerar que la actuación de la Administración nombrando un representante del Protectorado para asumir provisionalmente la gestión de las actividades de la fundación sin tener en cuenta la forma de provisión de vacantes prevista en los Estatutos, supone la inobservancia de los mismos así como de las leyes gallega y estatal de Fundaciones. Debe el Protectorado, por tanto, limitarse a asegurar y controlar el cumplimiento de la voluntad fundacional así como de las normas que le son aplicables.

V. Sentencias de las Audiencias Provinciales (Civil)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), de 14 de julio de 2008. (AC 2008/2014)

EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN FUNDACIÓN: ACCIÓN RESERVADA A PATRONATO Y PROTECTORADO: DESTINO PATRIMONIO: ENTREGA REMANENTE A HEREDEROS: IMPROCEDENTE.

La Audiencia declara improcedente la extinción de la fundación ya que, a pesar de resultar probado el no cumplimiento del fin de la misma, la extinción puede ser instada únicamente por el Patronato o el Protectorado. En cuanto a la posibilidad de la entrega del remanente de la liquidación a los herederos, esta cláusula relativa al destino del patrimonio establecida por el fundador en el caso de que dejase de existir la fundación, es incompatible con lo dispuesto en la Ley de Fundaciones del País Vasco y su equivalente de ámbito estatal, cuyo articulado limita el destino de los bienes y derechos a entidades o actividades de interés general y a fundaciones o entidades que persigan fines análogos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), de 17 de enero de 2008. (AC 2008/613)

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE PATRONOS POR ACREEDORES: IMPROCEDENTE.

La Audiencia desestima el recurso al no estar legalmente previsto, ni en la Ley catalana de Fundaciones ni en su equivalente de ámbito estatal, que los acreedores de una fundación puedan ejercitar una acción individual de responsabilidad por los actos de los patronos que lesionen directamente los intereses de aquéllos. Asimismo, tampoco cabe la aplicación analógica de la normativa de sociedades en esta materia en la

medida en que no hay igualdad o similitud jurídica esencial entre las fundaciones —sustrato patrimonial, finalidad de interés general— y las sociedades mercantiles —sustrato personal, finalidad de obtener lucro—.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.^a), de 17 de diciembre de 2007. (JUR 2008/117540)

MODIFICACIÓN ESTATUTARIA UNILATERAL: NULIDAD PROCEDENTE.

Procede declarar la nulidad de las modificaciones estatutarias de la fundación por no haber sido acordadas según el procedimiento de toma de acuerdos establecido en los Estatutos —de manera colegiada por dos patronos, familiar e institucional—, sino unilateralmente por un patrono que, aprovechando la vacante del otro miembro, modifica la composición del órgano de gobierno, arrojándose el carácter de Patrono Único.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.^a), de 25 de septiembre de 2007. (AC 2008/79)

NULIDAD ACTA FUNDACIONAL POR ADAPTACIÓN A REALIDAD SOCIAL: IMPROCEDENTE.

Se desestima el recurso de apelación contra la sentencia que, en primera instancia, niega la nulidad de un acta fundacional: el albacea no ha vulnerado la voluntad del fundador, habiéndola sólo adaptado a la realidad social existente al tiempo de la constitución de la fundación; no se ha infringido ninguna norma imperativa puesto que no existe un encargo piadoso y no se aprecia ilicitud en la causa de la constitución de la fundación. Asimismo, no se puede entender que la modificación del fin fundacional llevada a cabo por el Patronato se aleje de la voluntad del fundador.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5.^a), de 7 de septiembre de 2007. (JUR 2008/70407)

SUSPENSIÓN FUNCIONES ADMINISTRADOR: PROCEDENTE.

La Audiencia califica de ajustada a derecho la decisión del Patronato de suspender las funciones del administrador de la fundación por incumplimiento de las mismas. Aunque el demandado tenga el nombramiento vitalicio de administrador, éste no le otorga facultades algunas de dirección y gobierno de la institución ni tampoco un poder omnímodo, debiendo sujetarse, en general, a las normas que establezca la Junta de Patronos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.^a), de 4 de julio de 2007. (JUR 2008/8181)

AUTORIZACIÓN PREVIA PROTECTORADO: CONSTITUCIÓN SOCIEDAD: NO NECESARIA.

Se revoca la sentencia recurrida al entender la Audiencia que el Patronato cumple con lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley 50/2002 con la comunicación al Protec-

torado, vía notarial, de la constitución de una sociedad por parte de la fundación y de la aportación de un bien inmueble. No es necesaria la previa autorización al órgano de control puesto que, si bien el acto es claramente de enajenación, no constituye aportación inicial ni está directamente vinculado al cumplimiento de los fines fundacionales.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), de 1 de junio de 2007. (JUR 2008/9043)

MODIFICACIÓN ESTATUTARIA: PROCEDENTE. PATRONOS CON RELACIÓN LABORAL.

La Audiencia entiende que no puede prosperar la acción de impugnación de una serie de acuerdos del Patronato por no haberse vulnerado la voluntad del fundador, que no dispone en los Estatutos prohibición alguna de modificar los mismos mientras que sea en interés de la fundación. A tal efecto, no se considera como irregularidad que algunos de los patronos mantengan una relación laboral con la fundación, en la medida en que no se les retribuye por tal concepto, o que no hayan cesado automáticamente una vez transcurrido el plazo de cuatro años para el que fueron nombrados, al haberse aprobado una modificación estatutaria que permite el carácter indefinido del cargo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª), de 7 de febrero de 2007. (JUR 2007/205119)

GRATUIDAD SERVICIOS PATRONATO: RECLAMACIÓN HONORARIOS: IMPROCEDENTE.

La Audiencia confirma la sentencia recurrida al considerar que no deben serle abonados a la actora los honorarios devengados por el asesoramiento jurídico para la constitución de una fundación puesto que es socia fundadora constituyente de la misma y que, según los Estatutos, los componentes del Patronato ejercerán sus funciones gratuitamente.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 16 de noviembre de 2006. (AC 2007/713)

INDEBIDA DISPOSICIÓN DE FONDOS POR PRESIDENTE: EXISTENCIA.

La Audiencia confirma la sentencia recurrida al concluir que existe cobro de lo indebido en la disposición de fondos de la cuenta de una fundación por parte de su Presidente sin acomodarse a lo acordado por el Patronato de dicha fundación.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.ª), de 4 de mayo de 2006. (AC 2007/397)

DENEGACIÓN INSCRIPCIÓN REGISTRO: EFECTOS. ACCIÓN RESPONSABILIDAD PATRONATO: PROCEDENTE.

Se estima la pretensión de la parte recurrente de ejercitar acción de responsabilidad civil contra los miembros del órgano de gobierno de la fundación por incumplimiento.

miento de sus obligaciones legales. La fundación no se extingue ni, por tanto, se produce el cese del Patronato, como consecuencia de la denegación de inscripción en el Registro de Fundaciones para su adaptación a la nueva normativa. Además, la responsabilidad de los patronos por actos en el ejercicio del cargo tiene carácter personal con independencia de los supuestos de extinción de la fundación.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3.ª), de 4 de abril de 2006. (JUR 2006/131729)

IMPUGNACIÓN ACUERDO PATRONATO: FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA.

La Audiencia desestima el recurso de apelación por apreciar que, aplicando analógicamente la normativa referente a la Ley de Sociedades Anónimas en esta materia, es necesaria la intervención de la fundación en la acción de impugnación de acuerdos aprobados por el Patronato.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª), de 2 de diciembre de 2005. (JUR 2006/28117)

APROBACIÓN ESTATUTOS: PROCEDENTE CON MODIFICACIONES.

La Audiencia otorga autorización judicial para otorgamiento de escritura pública, con aprobación de Estatutos de la fundación, pronunciándose, ante las discrepancias entre el Protectorado y el Patrón Único, acerca del contenido de los mismos en cuanto a la composición del Patronato Colectivo y a la inclusión de referencia al espíritu que ha de seguir la persona jurídica.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.ª), de 17 de junio de 2005. (JUR 2005/161647)

EXTINCIÓN: INSUFICIENCIA PATRIMONIO: PROCEDENTE.

Se confirma la sentencia de primera instancia que declara la extinción de la fundación, abriéndose la fase de liquidación correspondiente, ante la situación precaria que sufre la entidad, carente de medios económicos para realizar la restauración y asegurar el mantenimiento del único bien de la fundación.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección 1.ª), de 10 de mayo de 2005. (JUR 2005/134109)

NULIDAD DE CONSTITUCIÓN: IMPROCEDENTE: FINES DE INTERÉS GENERAL.

Se estima la sentencia recurrida, declarando improcedente la acción de nulidad de la fundación por ser sus fines, consistentes en la dotación de premios de investigación, de interés general, sin que se aprecien tintes insultantes, discriminatorios, racistas o xenófobos y por contar con un patrimonio fundacional más que suficiente para cumplir con estos fines que le son propios.

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.^a),
de 23 de febrero de 2004. (JUR 2004/125382)**

CESE DE PATRONOS: PROCEDENTE.

Se confirma la procedencia del cese de dos miembros del Patronato de la fundación: fruto de la edad avanzada, deterioro físico e intelectual y consecuente escasa capacidad en un caso, y en base a la conducta puramente omisiva, de desentendimiento y siempre en oposición en el otro.

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 8.^a),
de 12 de julio de 2004. (JUR 2004/256937)**

CESE DE TESORERO POR FALTA DE DILIGENCIA: IMPROCEDENTE

La Audiencia confirma la sentencia recurrida entendiendo que no puede la fundación exigir responsabilidad al tesorero por unos hechos perjudiciales para la entidad si ha sido la misma quien ha contribuido a ellos por su falta de previsión de las obligaciones, carencia de regulación en los Estatutos del sistema de cese de sus integrantes así como por la cambiante asignación de cargos y funciones.

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.^a),
de 23 de junio de 2004 (JUR 2004/258108)**

NOMBRAMIENTO DE PATRONO POR FUNDADOR: IMPROCEDENTE.

La Audiencia declara nulo el nombramiento de un patrono realizado por el fundador en un momento posterior al de la constitución de la fundación, momento en el que fundador y fundación pasan a tener personalidades jurídicas propias, independientes y autónomas, sin que esté, por tanto, amparada la actuación del primero en los Estatutos ni en la Compilación Civil Foral de Navarra.

**Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8.^a),
de 1 de diciembre de 2003. (JUR 2004/19983)**

CESE PRESIDENTE: NO CONFORMIDAD CON ESTATUTOS: IMPROCEDENTE.

La Audiencia confirma la sentencia recurrida declarando la nulidad de los acuerdos en virtud de los que, de modo contrario a las normas estatutarias, que recogen un nombramiento rotatorio automático, se cesa al Presidente y se nombra otro con irregularidades en la convocatoria y sin que hubiera transcurrido el tiempo de mandato.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), de 18 de marzo de 2003. (JUR 2004/160417)

EXTINCIÓN DE FUNDACIÓN: AUSENCIA DE DOTACIÓN: PROCEDENTE.

Se declara la extinción de la *Fundación Sastre* por imposibilidad de realización del fin fundacional —«dar habitación al Maestro y Maestra de primera educación y proporcionar piezas decentes, aseadas y ventiladas, que serán las de los pisos bajos donde tengan las Escuelas»— al carecer la misma de dotación suficiente puesto que los bienes que constaban como tal en el momento de su constitución han sido donados para fines de interés general relacionados con el objeto de la fundación, como son la construcción de edificios destinados a Escuelas Municipales.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª), de 21 de octubre de 2002. (JUR 2003/99403)

LEGITIMACIÓN ACTIVA: EXISTE. NULIDAD CONVOCATORIA JUNTA EXTRAORDINARIA: IMPROCEDENTE.

La Sala aprecia que la *Fundación Museo Evaristo Valle* posee personalidad para interponer por sí la demanda sin necesidad de pronunciamiento previo por parte del Protectorado y desestima la pretensión de nulidad de pleno derecho de la solicitud de convocatoria de Junta Extraordinaria realizada por uno de los patronos a pesar de no recoger en la misma los motivos que se invocan para considerar que cabe una acción de responsabilidad contra los miembros a los que se dirige. No sólo ya se ha celebrado dicha reunión sino que, además, ni en la normativa sobre fundaciones ni en los Estatutos se recoge mención alguna al respecto. En cuanto al recurso interpuesto por el demandado, entiende la Audiencia que no cabe anular la convocatoria para acordar ejercitar cuantas acciones legales fueran oportunas en interés de la fundación por el mero hecho de incluirse tal punto en el Orden del día con posterioridad, dadas las razones de urgencia que lo justifican.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª), de 29 de mayo de 2002. (AC 2002/1140)

LEGITIMACIÓN ACTIVA: NO EXISTE.

La Audiencia desestima el recurso por falta de legitimación activa para entablar la acción de responsabilidad a que se refiere el artículo 15.3 de la Ley 30/1994 al no concurrir en la parte actora un interés personal, distinto al interés general. Entiende la Audiencia que, aunque esta legitimación, reconocida al Patronato y al Protectorado, no excluye otras posibles habilitaciones para accionar, como la de los beneficiarios, o de otras personas que tengan derechos e intereses legítimos en el objeto procesal, no quiere ello decir que se admita como especie de acción pública.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a), de 7 de junio de 2001. (JUR 2001/279281)

FACULTAD PARA CONTRATAR: INEXISTENTE.

La Audiencia confirma la resolución recurrida basándose en la inexistencia de facultad, por parte de las personas que encargan el asesoramiento jurídico al demandante, para obligar a la fundación en la medida en que son miembros del Patronato saliente y, por tanto, ya no forman parte del órgano de gobierno de la fundación, viéndose ésta exonerada del deber de satisfacer los honorarios devengados.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.^a), de 23 de mayo de 2001. (JUR 2001/245302)

NULIDAD ACUERDO CESACIÓN PATRONATO: IMPROCEDENTE.

La Sala desestima el recurso de apelación al no apreciar vicios graves, que afecten al proceso de formación de la voluntad de los miembros del Patronato, en la convocatoria y toma de acuerdos: aunque la convocatoria de la reunión es a instancia de dos patronos, al realizarla el Presidente se entiende asumida por él; por otra parte, el hecho de que el acta sea redactada por el Presidente y no el Secretario no afecta a la validez de su contenido, que se ve ratificado por la conformidad de los Patronos con el mismo.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.^a), de 15 de febrero de 2001. (JUR 2001/158454)

NULIDAD ASAMBLEA NOMBRAMIENTO PATRONATO: PROCEDENTE.

La Audiencia confirma la sentencia recurrida estimando que procede la nulidad de la asamblea en la que se produce la designación del nuevo Patronato. Dado que la figura de los patronos es esencial para la actividad de una fundación, la vulneración de la normativa respecto a su nombramiento merece la máxima sanción.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a), de 21 de diciembre de 1999. (Ref. Iustel: §2011244)

EXTINCIÓN FUNDACIÓN: IMPROCEDENTE: NO APLICACIÓN DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA LEY 30/1994.

La Audiencia entra a conocer del fondo del litigio valorando la adecuación con el ordenamiento jurídico de proceder a la extinción de una fundación ante el desacuerdo existente entre el Patronato de la misma y el correspondiente Protectorado. Aunque los estatutos de la fundación preveían su extinción por acuerdo del Patronato ante un cambio normativo sustancial en la regulación del régimen jurídico de las fundaciones en general o de las fundaciones culturales en particular, sostiene la Audiencia que la mera promulgación de una disposición general —la Ley 30/1994— no basta para que, de forma automática, se produzca el supuesto indeterminado referido, siendo necesaria la constatación de cuál es la modificación sustancial concreta. Por lo que

se refiere al ámbito de aplicación subjetivo de la norma de Derecho Transitorio contenida en la disposición transitoria primera de la Ley 30/1994, la Audiencia, siguiendo a la doctrina más autorizada, lo restringe tan sólo a las denominadas fundaciones «a fe y conciencia», es decir, aquellas que se caracterizan por no ajustar sus prescripciones y desenvolvimiento a más normas que las derivadas de la voluntad del fundador.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª), de 17 de marzo de 1999. (AC 1999/4193)

IMPUGNACIÓN ESTATUTOS: IMPROCEDENTE.

No procede declarar la nulidad de los estatutos de la fundación puesto que las normas sobre las que se asentaba tal pretensión no son aplicables. La disposición transitoria segunda de la Ley 30/1994 obliga a las fundaciones ya constituidas a adaptar sus estatutos, modificación que habrá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 27 de la citada Ley de Fundaciones, que prevalece sobre cualquier otra regulación anterior.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1.ª), de 5 de octubre de 1998. (AC 1998/7403)

ACCIÓN DE REVERSIÓN: FUNDACIÓN A FE Y CONCIENCIA: PROCEDENTE.

La Sala confirma la sentencia recurrida declarando procedente la reversión de los bienes de la *Fundación Asilo de Santa Laureana* a los herederos del fundador. Tras pronunciarse de forma positiva sobre la suficiencia de la acreditación de personalidad de los comparecientes, declarando que ostentan un interés legítimo en la cuestión, entiende de aplicación la modificación introducida por la Ley 30/1994 con relación a las fundaciones «a fe y conciencia», en virtud de la cual estas fundaciones pueden revertir sus bienes a favor de los herederos, en el plazo de dos años y para el caso de concurrir una situación de contravención de la voluntad del fundador. Este es el caso, al haber sido establecida en los Estatutos una cláusula de reversión para los supuestos de alteración del título y objeto de la fundación, alteración producida por la transformación de la sociedad y el consiguiente vacío de contenido de la fundación.

Legislación estatal

LEY 50/2002, DE 26 DE DICIEMBRE, DE FUNDACIONES

(BOE de 27 de diciembre de 2002; corr. err., BOE de 17 de abril de 2003)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El artículo 34 de la Constitución reconoce «el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley». Por su parte, el artículo 53.1 del texto constitucional reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del Título I, entre los que se encuentra el de fundación, especificando que dichas normas legales deben en todo caso respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades.

Hasta el momento, esta previsión constitucional se encontraba cumplida 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. Dicha Ley puso fin a un régimen regulador de las fundaciones que cabría calificar de vetusto (algunas de sus normas databan de mediados del siglo XIX), fragmentario, incompleto y aun contradictorio, satisfaciendo las legítimas demandas y aspiraciones reiteradamente planteadas por el sector, y adaptando, en suma, esta normativa a las exigencias del nuevo orden constitucional, singularmente en lo que se refiere al sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Diversas exigencias aconsejan, sin embargo, proceder a la revisión de este marco legal.

En primer lugar, resulta necesario acoger en nuestro sistema jurídico algunas experiencias innovadoras que se han desarrollado en los últimos años en el derecho comparado, y que pueden servir para fortalecer el fenómeno fundacional en nuestro país.

Por otro lado, la reforma da respuesta a las demandas de las propias fundaciones, en un sentido general de superar ciertas rigideces de la anterior regulación, que, sin

significar claras ventajas para el interés público, dificultaban el adecuado desenvolvimiento de la actividad fundacional: simplificación de trámites administrativos, reducción de los actos de control del Protectorado, reforma del régimen de organización y funcionamiento del Patronato, etc.

II

La presente Ley aborda la regulación sustantiva y procedimental de las fundaciones, dejando para una norma legal distinta lo que constituía el contenido del Título II de la anterior, esto es, los incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, por ser ésta una materia que presenta unos perfiles específicos que demandan un tratamiento separado.

Tres son los objetivos que se pretende alcanzar con esta nueva regulación del derecho de fundación. En primer término, reducir la intervención de los poderes públicos en el funcionamiento de las fundaciones. Así, se ha sustituido en la mayor parte de los casos la exigencia de autorización previa de actos y negocios jurídicos por parte del Protectorado, por la de simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado, con objeto de que pueda impugnarlo ante la instancia judicial competente, si lo considera contrario a derecho, y, eventualmente, ejercitar acciones legales contra los patronos responsables.

Por otra parte, se han flexibilizado y simplificado los procedimientos, especialmente los de carácter económico y financiero, eximiendo además a las fundaciones de menor tamaño del cumplimiento de ciertas obligaciones exigibles a las de mayor entidad.

Por último, la Ley pretende, a lo largo de todo su articulado, dinamizar y potenciar el fenómeno fundacional, como cauce a través del que la sociedad civil coadyuva con los poderes públicos en la consecución de fines de interés general.

El Parlamento Europeo, en su Resolución sobre las fundaciones en Europa (R.^a 304/93), señala, en este sentido, que «merecen apoyo especial las fundaciones que participen en la creación y desarrollo de respuestas e iniciativas, adaptadas a las necesidades sociológicas de la sociedad contemporánea. Particularmente, las que luchan por la defensa de la democracia, el fomento de la solidaridad, el bienestar de los ciudadanos, la profundización de los derechos humanos, la defensa del medio ambiente, la financiación de la cultura, las ciencias y prácticas médicas y la investigación».

También nuestro Tribunal Constitucional (STC 18/1984, de 7 de febrero, entre otras) ha apuntado que una de las notas características del Estado social de Derecho es que los intereses generales se definen a través de una interacción entre el Estado y los agentes sociales, y que esta interpenetración entre lo público y lo privado trasciende también al campo de lo organizativo, en donde, como es fácil entender, las fundaciones desempeñan un papel de primera magnitud.

III

En un breve repaso de las novedades más significativas del nuevo texto legal, destaca en el capítulo I la regulación de las fundaciones extranjeras, que queda circunscrita a aquéllas que pretendan ejercer actividades en España de manera estable. Se especifica que el Registro competente para su inscripción dependerá del ámbito, autonómico o supraautonómico en que desarrollen principalmente sus actividades, y que se sancionará el incumplimiento de los requisitos legales con la prohibición de usar la denominación «Fundación» en nuestro territorio.

Se introduce en este capítulo una nueva regulación de la denominación de las fundaciones, que pretende evitar duplicidades e inscripciones abusivas.

En el capítulo II, la Ley establece una presunción de suficiencia de la dotación a partir de 30.000 euros, a fin de garantizar la viabilidad económica de la nueva entidad, sin perjuicio de que esta cantidad pueda ser reducida cuando el Protectorado lo considere necesario, en atención a los fines específicos de cada fundación.

Por otra parte, para garantizar la seriedad de las actuaciones conducentes a la constitución de las fundaciones, se prevé el cese de los patronos que no hubiesen instado la inscripción de la entidad constituida en los seis meses siguientes al otorgamiento de la escritura fundacional, procediendo el Protectorado a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asuman explícitamente la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.

En el capítulo III, se potencia la estabilidad y el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno de las fundaciones con la obligatoriedad de la figura del Secretario, y con la posibilidad de crear órganos distintos del Patronato para el desempeño de los cometidos que expresamente se le encomienden.

Con objeto de facilitar el funcionamiento del Patronato, se prevé, además de la obligada representación de las personas jurídicas por personas físicas, que los patronos puedan ser representados por otros miembros del órgano colegiado.

Se admite la posibilidad, hasta ahora inédita en la Ley, de que el Patronato acuerde una retribución adecuada a los patronos que presten a la fundación servicios distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato, siempre que el fundador no lo hubiese prohibido, resolviéndose así una problemática reiteradamente planteada por el sector.

El patrimonio de la fundación, regulado en el capítulo IV, es uno de los campos donde el principio de libertad inspirador de toda la Ley se pone más ampliamente de manifiesto, al sustituirse, en determinados supuestos, el sistema de autorización previa por parte del Protectorado por la simple comunicación al mismo del acto o negocio realizado, al objeto de que éste pueda, en su caso, llevar a cabo las acciones legales procedentes.

En el capítulo V se recoge la posibilidad de que la fundación pueda desarrollar por sí misma actividades económicas, siempre que se trate de actividades relacionadas con los fines fundacionales o sean accesorias o complementarias de las mismas.

Con objeto de facilitar la gestión contable de las fundaciones de menores dimensiones, se autoriza la utilización de modelos abreviados de rendición de cuentas cuando cumplan los requisitos establecidos legalmente al efecto para las sociedades mercantiles. Por otra parte, las fundaciones de reducido tamaño podrán adoptar un modelo simplificado de llevanza de contabilidad y estarán exentas de la obligación general de someter las cuentas anuales a auditoría externa.

Por otra parte, la obligación de aprobar un presupuesto anual ha sido sustituida por la de presentar un plan de actuación, con lo que, manteniéndose la finalidad esencial de ofrecer información acerca de los proyectos fundacionales, se facilita en gran medida la gestión de estas entidades.

El capítulo VII reformula las funciones del Protectorado, potenciando las de apoyo y asesoramiento a las fundaciones sobre las que ejerce su competencia, en especial a las que se encuentran en proceso de constitución.

En el capítulo VIII, regulador del Registro de Fundaciones de competencia estatal, se prevé por vez primera la creación de una sección de denominaciones, en la que se anotarán los nombres de las fundaciones inscritas en los Registros estatal y autonómicos, así como las denominaciones sobre cuya utilización exista reserva temporal, con objeto de evitar duplicidades.

De otro lado, se crea en el Consejo Superior de Fundaciones una Comisión de cooperación e información registral que se encargará de establecer mecanismos para la colaboración e información mutua entre Registros.

El capítulo XI diseña el régimen aplicable a las fundaciones constituidas mayoritariamente por entidades del sector público estatal, aplicando la técnica fundacional al ámbito de la gestión pública. En esta regulación se establecen los requisitos y limitaciones exigidos por la especial naturaleza de la referida figura fundacional de carácter público.

En las disposiciones adicionales y finales se excluye de la aplicación de la Ley a las fundaciones gestionadas por el Patrimonio Nacional, denominadas Reales Patronatos, y se dispone el estricto respeto a lo dispuesto en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con la Iglesia Católica y con otras iglesias y confesiones, en relación con las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas.

Por otra parte, la aplicación de la nueva normativa obliga a establecer las necesarias previsiones en cuanto a la subsistencia temporal de los actuales Registros de Fundaciones de competencia estatal, así como a fijar un plazo para la adaptación, cuando proceda, de los Estatutos de las fundaciones ya constituidas.

En una Ley como la presente, donde se contienen preceptos reguladores de las fundaciones de competencia estatal junto a otros dirigidos a todas las fundaciones, resulta de capital importancia efectuar una delimitación precisa de los distintos tipos de normas.

En tal sentido, la disposición final primera enumera 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 CE), bien por su naturaleza procesal (artículo 149.1.6.^a CE), bien por incorporar normas de derecho civil, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del derecho civil foral o especial allí donde exista (artículo 149.1.8.^a CE). Los restantes preceptos de la Ley serán de aplicación únicamente a las fundaciones de competencia estatal.

La nueva regulación de las Fundaciones del Sector Público Estatal ha obligado a realizar en la Ley General Presupuestaria determinadas adaptaciones, que se introducen por medio de una disposición final.

Por último, cabe destacar que, pese a la relevancia de las innovaciones realizadas, se ha conservado un importante número de preceptos de la Ley de 1994, cuya validez y eficacia han sido confirmadas por la práctica.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto de la Ley.*

La presente Ley tiene por objeto desarrollar el derecho de fundación, reconocido en el artículo 34 de la Constitución y establecer las normas de régimen jurídico de las fundaciones que corresponde dictar al Estado, así como regular las fundaciones de competencia estatal.

Artículo 2. *Concepto.*

1. Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, 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.

Artículo 3. *Fines y beneficiarios.*

1. Las fundaciones deberán perseguir fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.

2. La finalidad fundacional debe beneficiar a colectividades genéricas de personas. Tendrán esta consideración los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares.

3. En ningún caso podrán constituirse fundaciones con la finalidad principal de destinar sus prestaciones al fundador o a los patronos, a sus cónyuges o personas ligadas con análoga relación de afectividad, o a sus parientes hasta el cuarto grado inclusive, así como a personas jurídicas singularizadas que no persigan fines de interés general.

4. No se incluyen en el apartado anterior las fundaciones cuya finalidad exclusiva o principal sea la conservación y restauración de bienes del patrimonio histórico español, siempre que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.

Artículo 4. *Personalidad jurídica.*

1. Las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones.

La inscripción sólo podrá ser denegada cuando dicha escritura no se ajuste a las prescripciones de la ley.

2. Sólo las entidades inscritas en el Registro al que se refiere el apartado anterior, podrán utilizar la denominación de «Fundación».

Artículo 5. *Denominación.*

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 los Registros 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.

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.

Artículo 6. *Domicilio.*

1. Deberán estar domiciliadas en España las fundaciones que desarrollen principalmente su actividad dentro del territorio nacional.

2. Las fundaciones tendrán su domicilio estatutario en el lugar donde se encuentre la sede de su Patronato, o bien en el lugar en que desarrollen principalmente sus actividades.

Las fundaciones que se inscriban en España para desarrollar una actividad principal en el extranjero, tendrán su domicilio estatutario en la sede de su Patronato dentro del territorio nacional.

Artículo 7. *Fundaciones extranjeras.*

1. Las fundaciones extranjeras que pretendan ejercer sus actividades de forma estable en España, deberán mantener una delegación en territorio español que constituirá su domicilio a los efectos de esta Ley, e inscribirse en el Registro de Fundaciones competente en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades.

2. La fundación extranjera que pretenda su inscripción deberá acreditar ante el Registro de Fundaciones correspondiente que ha sido válidamente constituida con arreglo a su ley personal.

La inscripción podrá denegarse cuando no se acredite la circunstancia señalada en el párrafo anterior, así como cuando los fines no sean de interés general con arreglo al ordenamiento español.

3. Las fundaciones extranjeras que incumplan los requisitos establecidos en este artículo no podrán utilizar la denominación de «Fundación».

4. Las delegaciones en España de fundaciones extranjeras quedarán sometidas al Protectorado que corresponda en función del ámbito territorial en que desarrollen principalmente sus actividades, siéndoles de aplicación el régimen jurídico previsto para las fundaciones españolas.

CAPÍTULO II

Constitución de la fundación

Artículo 8. *Capacidad para fundar.*

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.

3. Las personas jurídicas privadas de índole asociativa 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. Las de índole institucional deberán contar con el acuerdo de su órgano rector.

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

Artículo 9. *Modalidades de constitución.*

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 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.

Artículo 10. *Escritura de constitución.*

La escritura de constitución de una fundación deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El nombre, apellidos, edad y estado civil del fundador o fundadores, si son personas físicas, y su denominación o razón social, si son personas jurídicas, y, en ambos casos, su nacionalidad y domicilio y número de identificación fiscal.

b) La voluntad de constituir una fundación.

c) La dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación.

d) Los Estatutos de la fundación, cuyo contenido se ajustará a las prescripciones del artículo siguiente.

e) La identificación de las personas que integran el Patronato, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional.

Artículo 11. *Estatutos.*

1. En los Estatutos de la fundación se hará constar:

a) La denominación de la entidad.

- b) Los fines fundacionales.
- c) El domicilio de la fundación y el ámbito territorial en que haya de desarrollar 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.

2. Toda disposición de los Estatutos de la fundación o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso, no procederá la inscripción de la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.

Artículo 12. *Dotación.*

1. La dotación, que podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, ha de ser adecuada y suficiente para el cumplimiento de los fines fundacionales. Se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros.

Cuando la dotación sea de inferior valor, el fundador deberá justificar su adecuación y suficiencia a los fines fundacionales mediante la presentación del primer programa de actuación, junto con un estudio económico que acredite su viabilidad utilizando exclusivamente dichos recursos.

2. 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.

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

En uno y otro caso, deberá acreditarse o garantizarse la realidad de las aportaciones ante el notario autorizante, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

3. Se aceptará como dotación el compromiso de aportaciones de terceros, siempre que dicha obligación conste en títulos de los que llevan aparejada ejecución.

4. 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 o por terceras personas, o que se afecten por el Patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.

5. En ningún caso se considerará dotación el mero propósito de recaudar donativos.

Artículo 13. *Fundación en proceso de formación.*

1. Otorgada la escritura fundacional, y en tanto se procede a la inscripción en el correspondiente 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.

2. Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin que los patronos hubiesen instado la inscripción en el correspondiente 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 Protectorado procederá a nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, que asumirán la obligación de inscribir la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones.

CAPÍTULO III

Gobierno de la fundación**Artículo 14.** *Patronato.*

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

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.

Artículo 15. *Patronos.*

1. 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.

2. 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.

3. 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.

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

En todo caso, la aceptación se notificará formalmente al Protectorado, y se inscribirá en el Registro de Fundaciones.

4. Los patronos ejercerán su cargo gratuitamente sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el cargo les ocasione 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, previa autorización del Protectorado.

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.

Artículo 16. *Delegación y apoderamientos.*

1. Si los Estatutos no lo prohibieran, el Patronato podrá delegar sus facultades en uno o más de sus miembros. No son delegables la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los Estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del Protectorado.

2. Los Estatutos podrán prever la existencia de otros órganos para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden, con las excepciones previstas en el párrafo anterior.

3. El Patronato podrá otorgar y revocar poderes generales y especiales, salvo que los Estatutos dispongan lo contrario.

4. Las delegaciones, los apoderamientos generales y su revocación, así como la creación de otros órganos, deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones.

Artículo 17. *Responsabilidad de los patronos.*

1. Los patronos deberán desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal.

2. Los patronos responderán solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos, o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. Quedarán exentos de responsabilidad quienes hayan votado en contra del acuerdo, y quienes prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

3. La acción de responsabilidad se entablará, ante la autoridad judicial y en nombre de la fundación:

- a) Por el propio órgano de gobierno de la fundación, previo acuerdo motivado del mismo, en cuya adopción no participará el patrono afectado.
- b) Por el Protectorado, en los términos establecidos en el artículo 35.2.
- c) Por los patronos disidentes o ausentes, en los términos del apartado 2 de este artículo, así como por el fundador cuando no fuere Patrono.

Artículo 18. *Sustitución, cese y suspensión de patronos.*

1. 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 29 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 órgano de gobierno y representación de la fundación.

2. 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 anterior.
- f) Por el transcurso del plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura pública fundacional sin haber instado la inscripción en el correspondiente 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.

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

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

CAPÍTULO IV

Patrimonio de la fundación

Artículo 19. *Composición, administración y disposición del patrimonio.*

1. El patrimonio de la fundación está formado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación.

2. La administración y disposición del patrimonio corresponderá al Patronato en la forma establecida en los Estatutos y con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley.

Artículo 20. *Titularidad de bienes y derechos.*

1. La fundación deberá figurar como titular de todos los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, que deberán constar en su inventario anual.

2. Los órganos de gobierno promoverán, bajo su responsabilidad, la inscripción a nombre de la fundación de los bienes y derechos que integran el patrimonio de ésta, en los Registros públicos correspondientes.

Artículo 21. *Enajenación y gravamen.*

1. La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada.

2. Se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados.

Asimismo, la vinculación a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial.

3. Los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y

de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquéllos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización.

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

4. Las enajenaciones o gravámenes a que se refiere el presente artículo se harán constar anualmente en el Registro de Fundaciones al término del ejercicio económico. 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.

Artículo 22. *Herencias y donaciones.*

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 o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez 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.

CAPÍTULO V

Funcionamiento y actividad de la fundación

Artículo 23. *Principios de actuación.*

Las fundaciones están obligadas a:

a) Destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas, de acuerdo con la presente Ley y los Estatutos de la fundación, a sus fines fundacionales.

b) Dar información suficiente de sus fines y actividades para que sean conocidos por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.

c) Actuar con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.

Artículo 24. *Actividades económicas.*

1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las

mismas, con sometimiento a las normas reguladoras de la defensa de la competencia.

Además, podrán intervenir en cualesquiera actividades económicas a través de su participación en sociedades, con arreglo a lo previsto en los siguientes apartados.

2. 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.

3. 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.

Artículo 25. *Contabilidad, auditoría y plan de actuación.*

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 de Inventarios y 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, que comprenden el balance, la cuenta de resultados y la memoria, forman una unidad, deben ser redactadas con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación.

La memoria, además de completar, ampliar y comentar la información contenida en el balance y en la cuenta de resultados, incluirá las actividades fundacionales, los cambios en sus órganos de gobierno, dirección y representación, así como el grado de cumplimiento del plan de actuación, indicando los recursos empleados, su procedencia y el número de beneficiarios en cada una de las distintas actuaciones realizadas, los convenios que, en su caso, se hayan llevado a cabo con otras entidades para estos fines, y el grado de cumplimiento de las reglas establecidas en el artículo 27 de la presente Ley.

Las actividades fundacionales figurarán detalladas con los requisitos que reglamentariamente se establezcan. Igualmente, se incorporará a la memoria un inventario de los elementos patrimoniales, cuyo contenido se desarrollará reglamentariamente.

3. Las fundaciones podrán formular sus cuentas anuales en los modelos abreviados cuando cumplan los requisitos establecidos al respecto para las sociedades mercantiles. La referencia al importe neto de la cifra anual de negocios, establecida en la legislación mercantil, se entenderá realizada al importe del volumen anual de ingresos por la actividad propia más, si procede, la cifra de negocios de su actividad mercantil.

4. Reglamentariamente se desarrollará un modelo de llevanza simplificado de la contabilidad, que podrá ser aplicado por las fundaciones en las que, al cierre del ejercicio, se cumplan al menos dos de las siguientes circunstancias:

- a) Que el total de las partidas del activo no supere 150.000 euros. A estos efectos, se entenderá por total activo el total que figura en el modelo de balance.
- b) Que el importe del volumen anual de ingresos por la actividad propia, más, en su caso, el de la cifra de negocios de su actividad mercantil, sea inferior a 150.000 euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 5.

5. Existe obligación de someter a auditoría externa las cuentas anuales de todas las fundaciones en las que, a fecha de cierre del ejercicio, concurran 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 por la actividad propia más, en su caso, el de la cifra de negocios de su actividad mercantil sea superior a 2.400.000 euros.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio sea superior a 50.

La auditoría se contratará y realizará de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, disponiendo los auditores de un plazo mínimo de un mes, a partir del momento en que les fueran entregadas las cuentas anuales formuladas, para realizar el informe de auditoría. El régimen de nombramiento y revocación de los auditores se establecerá reglamentariamente.

6. En relación con las circunstancias señaladas en los apartados 3, 4 y 5 anteriores, éstas se aplicarán teniendo en cuenta lo siguiente:

- a) Cuando una fundación, en la fecha de cierre del ejercicio, pase a cumplir dos de las citadas circunstancias, o bien cese de cumplirlas, tal situación únicamente producirá efectos en cuanto a lo señalado si se repite durante dos ejercicios consecutivos.
- b) En el primer ejercicio económico desde su constitución o fusión, las fundaciones cumplirán lo dispuesto en los apartados anteriormente mencionados si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias que se señalan.

7. Las cuentas anuales se aprobarán por el Patronato de la fundación y se presentarán al Protectorado dentro de los diez días hábiles siguientes a su aprobación.

En su caso, se acompañarán del informe de auditoría.

El Protectorado, una vez examinadas y comprobada su adecuación formal a la normativa vigente, procederá a depositarlas en el Registro de Fundaciones. Cualquier persona podrá obtener información de los documentos depositados.

8. El Patronato elaborará y remitirá al Protectorado, en los últimos tres meses de cada ejercicio, un plan de actuación, en el que queden reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar durante el ejercicio siguiente.

9. Cuando se realicen actividades económicas, la contabilidad de las fundaciones se ajustará a lo dispuesto en el Código de Comercio, debiendo formular cuentas anuales consolidadas cuando la fundación se encuentre en cualquiera de los supuestos allí previstos para la sociedad dominante.

En cualquier caso, se deberá incorporar información detallada en un apartado específico de la memoria, indicando los distintos elementos patrimoniales afectos a la actividad mercantil.

Artículo 26. *Obtención de ingresos.*

Las fundaciones podrán obtener ingresos por sus actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios.

Artículo 27. *Destino de rentas e ingresos.*

1. A la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70 por 100 de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar bien la dotación o bien las reservas según acuerdo del Patronato. Los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios.

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

En el cálculo de los ingresos no se incluirán las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de la constitución o en un momento posterior, ni los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia.

2. Se entiende por gastos de administración los directamente ocasionados por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, y aquellos otros de los que los patronos tienen derecho a resarcirse de acuerdo con el artículo 15.4.

Reglamentariamente se determinará la proporción máxima de dichos gastos.

Artículo 28. *Autocontratación.*

Los patronos podrán contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero, previa autorización del Protectorado que se extenderá al supuesto de personas físicas que actúen como representantes de los patronos.

CAPÍTULO VI

Modificación, fusión y extinción de la fundación**Artículo 29.** *Modificación de los Estatutos.*

1. El Patronato podrá acordar la modificación de los Estatutos de la fundación siempre que resulte conveniente en interés de la misma, salvo que el fundador lo haya prohibido.

2. 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 deberá acordar la modificación de los mismos, salvo que para este supuesto el fundador haya previsto la extinción de la fundación.

3. Si el Patronato no da cumplimiento a lo previsto en el apartado anterior, el Protectorado le requerirá para que lo cumpla, solicitando en caso contrario de la autoridad judicial que resuelva sobre la procedencia de la modificación de Estatutos requerida.

4. La modificación o nueva redacción de los Estatutos acordada por el Patronato se comunicará al Protectorado, que sólo podrá oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo del correspondiente acuerdo del Patronato. El Protectorado podrá comunicar en cualquier momento dentro de dicho plazo y de forma expresa su no oposición a la modificación o nueva redacción de los Estatutos.

5. La modificación o nueva redacción habrá de ser formalizada en escritura pública e inscrita en el correspondiente Registro de Fundaciones.

Artículo 30. *Fusión.*

1. Las fundaciones, siempre que no lo haya prohibido el fundador, podrán fusionarse previo acuerdo de los respectivos Patronatos, que se comunicará al Protectorado.

2. El Protectorado podrá oponerse a la fusión por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación al mismo de los respectivos acuerdos de las fundaciones interesadas. El Protectorado podrá comunicar en cualquier momento dentro de dicho plazo y de forma expresa su no oposición al acuerdo de fusión.

3. La fusión requerirá el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el correspondiente Registro de Fundaciones.

La escritura pública contendrá los Estatutos de la fundación resultante de la fusión, así como la identificación de los miembros de su primer Patronato.

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.

Artículo 31. *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 29 y 30 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 concurra cualquier otra causa establecida en las leyes.

Artículo 32. *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 requerirá acuerdo del Patronato ratificado por el Protectorado. Si no hubiese acuerdo del Patronato, o éste no fuese 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 del párrafo f) del artículo anterior se requerirá resolución judicial motivada.

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

Artículo 33. *Liquidación.*

1. La extinción de la fundación, salvo en el supuesto previsto en el artículo 31.d), determinará la apertura del procedimiento de liquidación, que se realizará por el Patronato de la fundación bajo el control del Protectorado.

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, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general.

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

CAPÍTULO VII

El Protectorado

Artículo 34. *Protectorado.*

1. El Protectorado velará por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones.

2. El Protectorado será ejercido por la Administración General del Estado, en la forma que reglamentariamente se determine, respecto de las fundaciones de competencia estatal.

Artículo 35. *Funciones del Protectorado.*

1. Son funciones del Protectorado:

a) Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de Fundaciones, sobre la idoneidad de los fines y sobre la suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los artículos 3 y 12 de la presente Ley.

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, así como sobre cualquier cuestión relativa a las actividades por ellas desarrolladas en el cumplimiento de sus fines, prestándoles a tal efecto el apoyo necesario.

d) Dar a conocer la existencia y actividades de las fundaciones.

e) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, de acuerdo con la voluntad del fundador, y teniendo en cuenta la consecución del interés general.

f) Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales, pudiendo solicitar del Patronato la información que a tal efecto resulte necesaria, previo informe pericial realizado en las condiciones que reglamentariamente se determine.

g) Ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo.

h) 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 13.2 de la presente Ley.

i) 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 18.2.

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.

CAPÍTULO VIII

El Registro de Fundaciones de competencia estatal

Artículo 36. *El Registro de Fundaciones de competencia estatal.*

1. Existirá un Registro de Fundaciones de competencia estatal dependiente del Ministerio de Justicia, en el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.

2. La estructura y funcionamiento del Registro de Fundaciones de competencia estatal se determinarán reglamentariamente.

3. En el Registro de Fundaciones de competencia estatal se llevará una sección de denominaciones, en la que se integrarán las de las fundaciones ya inscritas en los Registros estatal y autonómicos, y las denominaciones sobre cuya utilización exista reserva temporal.

Las Comunidades Autónomas, una vez realizada la inscripción de la constitución de la fundación o, en su caso, de la extinción de la misma, darán traslado de estas circunstancias al Registro de Fundaciones de competencia estatal, a efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior y para constancia y publicidad general.

Artículo 37. *Efectos.*

1. Los Registros de Fundaciones serán públicos, presumiéndose el conocimiento del contenido de los asientos.

2. La publicidad se hará efectiva mediante certificación del contenido de los asientos, por nota simple informativa o por copia de los asientos y de los documentos

depositados en los Registros o por medios informáticos o telemáticos que se ajustará a los requisitos establecidos en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

3. Los actos sujetos a inscripción no inscritos no perjudicarán a tercero de buena fe. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción no inscrito.

4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la normativa reguladora de otros Registros públicos existentes.

5. Cuando el Registro encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la constitución 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, quedando suspendido el procedimiento de inscripción hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

CAPÍTULO IX

El Consejo Superior de Fundaciones

Artículo 38. *Consejo Superior de Fundaciones.*

1. Se crea, con carácter de órgano consultivo, el Consejo Superior de Fundaciones.

2. El Consejo Superior de Fundaciones estará integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las fundaciones, atendiendo especialmente a la existencia de asociaciones de fundaciones con implantación estatal, y se regirá por las normas que reglamentariamente se establezcan sobre su estructura y composición.

Artículo 39. *Funciones del Consejo Superior de Fundaciones.*

Serán funciones del Consejo Superior de Fundaciones:

a) Asesorar e informar sobre cualquier disposición legal o reglamentaria de carácter estatal que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas en este ámbito. Asimismo podrá informar sobre tales asuntos cuando le sean consultadas por los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

b) Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones, realizando los estudios precisos al efecto.

c) Las demás que le puedan atribuir las disposiciones vigentes.

Artículo 40. *Comisión de cooperación e información registral.*

Se crea en el Consejo Superior de Fundaciones la Comisión de cooperación e información registral, que estará integrada por representantes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Dicha Comisión se encargará de establecer mecanismos para la colaboración e información mutua entre los distintos registros, en particular en lo relativo a las denominaciones y a las comunicaciones sobre la inscripción y, en su caso, la extinción de fundaciones.

CAPÍTULO X

Autorizaciones, intervención temporal y recursos

Artículo 41. *Autorizaciones.*

La tramitación de las autorizaciones a que hace referencia la presente Ley se regirá por lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 42. *Intervención temporal.*

1. 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, requerirá del Patronato, una vez oído éste, la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de aquélla.

2. 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 intervención quedará alzada al expirar el plazo establecido, salvo que se acceda a prorrogarla mediante una nueva resolución judicial.

3. La resolución judicial que acuerde la intervención temporal de la fundación se inscribirá en el correspondiente Registro de Fundaciones.

Artículo 43. *Recursos jurisdiccionales.*

1. Los actos del Protectorado ponen fin a la vía administrativa y serán impugnables ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. Las resoluciones dictadas en los recursos contra la calificación de los Registros de Fundaciones ponen fin a la vía administrativa y podrán ser impugnadas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3. Corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación conocer, de acuerdo con los trámites del proceso declarativo que corresponda, de las pretensiones a las que se refieren los artículos 9.4, 13.2; 17.3; 18.2.d); 18.3; 29.3; 30.4; 32.2, 3 y 4; 35.2 y 42.2 de la presente Ley.

CAPÍTULO XI

Fundaciones del sector público estatal**Artículo 44.** *Concepto.*

A los efectos de esta Ley, se consideran fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Artículo 45. *Creación.*

1. La constitución, transformación, fusión y la extinción, y los actos o negocios que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público estatal o la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente, requerirán autorización previa del Consejo de Ministros.

En la constitución y en la adquisición del carácter de fundación del sector público estatal de una fundación preexistente se asegurará, en todo caso, la designación por las entidades del sector público estatal de la mayoría de los miembros del patronato ¹.

2. En el expediente de autorización deberá incluirse una memoria, que habrá de ser informada por el Ministerio de Administraciones Públicas, en la que, entre otros aspectos, se justifiquen suficientemente las razones o motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas, públicas o privadas, contempladas en la normativa vigente.

3. También deberá presentarse una memoria económica, que habrá de ser informada por el Ministerio de Hacienda. En el caso de creación de fundaciones, en la memoria se justificará la suficiencia de la dotación inicialmente prevista para el comienzo de su actividad y, en su caso, de los compromisos futuros para garantizar su continuidad.

Artículo 46. *Régimen jurídico.*

1. Las fundaciones del sector público estatal estarán sujetas a las siguientes limitaciones:

a) No podrán ejercer potestades públicas.

b) Únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la

¹ La redacción de este apartado 1 corresponde a la establecida por Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa.

2. El Protectorado de estas fundaciones se ejercerá, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas, por la Administración General del Estado.

3. En materia de presupuestos, contabilidad y auditoría de cuentas, estas fundaciones se regirán por las disposiciones que les sean aplicables del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

En todo caso, la realización de la auditoría externa de las fundaciones del sector público estatal en las que concurren las circunstancias previstas en el artículo 25.5 de la presente Ley, corresponderá a la Intervención General de la Administración del Estado.

4. La selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria.

5. Asimismo, su contratación se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

6. Cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal.

7. En los aspectos no regulados específicamente en este capítulo, las fundaciones del sector público estatal se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en la presente Ley.

Disposición adicional primera. *Fundaciones del Patrimonio Nacional.*

La presente Ley no será de aplicación a las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional.

Disposición adicional segunda. *Fundaciones de entidades religiosas.*

Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones creadas o fomentadas por las mismas.

Disposición adicional tercera. *Fundaciones públicas excluidas.*

Las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, seguirán rigiéndose por su normativa específica.

Disposición adicional cuarta. *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.*

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, seguirán rigiéndose por su normativa específica, aplicándoseles los preceptos del capítulo XI con carácter supletorio.

Disposición adicional quinta. *Obligaciones de los notarios.*

Los notarios deberán poner en conocimiento del Protectorado el contenido de las escrituras públicas en lo referente a la constitución de las fundaciones y sus modificaciones posteriores, mediante la remisión de copia simple de las citadas escrituras.

En el caso de que la fundación haya sido constituida en testamento, la referida obligación será cumplimentada cuando el notario autorizante tuviere conocimiento del fallecimiento del testador.

Disposición adicional sexta. *Depósito de cuentas y legalización de libros.*

Corresponden al Registro de Fundaciones de competencia estatal las funciones relativas al depósito de cuentas y la legalización de los libros de las fundaciones de competencia estatal. Reglamentariamente se desarrollarán las prescripciones contenidas en este precepto.

Disposición adicional séptima. *Fundaciones vinculadas a los partidos políticos.*

Las fundaciones vinculadas a los partidos políticos se registrarán por lo dispuesto en la presente Ley, y sus recursos podrán proceder de la financiación pública a través de los presupuestos de las distintas Administraciones públicas en los términos establecidos en la legislación presupuestaria aplicable y, en su caso, mediante las correspondientes convocatorias públicas.

Disposición transitoria primera. *Adaptación de los Estatutos de las fundaciones y modificación de la dotación.*

1. En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, las fundaciones ya constituidas deberán adaptar sus Estatutos, cuando proceda, a lo dispuesto en la misma, quedando extinguidos los plazos de adaptación estatutaria previstos en la legislación anterior. La dotación de dichas fundaciones no se someterá al régimen previsto en el artículo 12 de esta Ley.

2. Para las fundaciones de competencia de las Comunidades Autónomas dicha adaptación sólo procederá en los términos de la disposición final primera.

3. Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 1 sin haberse producido la adaptación de Estatutos, cuando sea necesario, no se inscribirá documento alguno de la fundación en el correspondiente Registro de Fundaciones hasta que la adaptación

se haya verificado; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29.3 de esta Ley.

4. Las condiciones estatutarias contrarias a la presente Ley de las fundaciones constituidas «a fe y conciencia» se tendrán por no puestas.

Disposición transitoria segunda. *Fundaciones preexistentes del sector público estatal.*

Las fundaciones del sector público estatal ya constituidas deberán, en su caso, adaptar sus Estatutos a lo dispuesto en el capítulo XI de la presente Ley, en el plazo de dos años a contar desde la fecha de su entrada en vigor.

Disposición transitoria tercera. *Protectorados de fundaciones.*

Hasta tanto se apruebe la regulación reglamentaria del Protectorado de las fundaciones de competencia estatal, las fundaciones de este carácter continuarán adscritas a los Protectorados actualmente existentes.

Disposición transitoria cuarta. *Registros de Fundaciones de competencia estatal.*

A los efectos previstos en esta Ley, y en tanto no entre en funcionamiento el Registro de Fundaciones a que se refiere el artículo 36, subsistirán los Registros de Fundaciones actualmente existentes.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

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, el Título I y las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, octava, decimotercera, decimocuarta, decimoséptima y decimooctava de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

Disposición final primera. *Aplicación de la Ley.*

1. Los artículos 2; 3.1, 2 y 3; 4; 14; 31 y 34.1 constituyen las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución, y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.^a de la Constitución.

2. a) Los artículos 6; 7 y 37.4 son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.^a y 8.^a de la Constitución.

b) Los artículos 5, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17.1 y 2, 18.1.2. y 4, 19.1, 22,1 y 2, excepto el último inciso 29.1, 2, 3 y 5, 30.1, 3 y 4, 32 y 42 constituyen legislación civil y son de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o Especial, allí donde exista.

3. Los artículos 17.3; 18.3; 21.3, segundo párrafo; 22.2, último inciso; 35.2 y 43, constituyen legislación procesal, y son de aplicación general al amparo del artículo 149.1.6.^a de la Constitución.

4. Los restantes preceptos de la Ley serán de aplicación a las fundaciones de competencia estatal.

Disposición final segunda. *Modificación del apartado 5 del artículo 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.*

El apartado 5 del artículo 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, quedará redactado de la siguiente forma:

«5. Son fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.»

Disposición final tercera. *Adaptación del Plan General de Contabilidad y normas de elaboración del plan de actuación.*

En el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno actualizará las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y aprobará las normas de elaboración del plan de actuación de dichas entidades.

Disposición final cuarta. *Desarrollo reglamentario.*

Se autoriza al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Disposición final quinta. *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el 1 de enero de 2003.

**LEY 49/2002, DE 23 DE DICIEMBRE, DE RÉGIMEN FISCAL
DE LAS ENTIDADES SIN FINES LUCRATIVOS
Y DE LOS INCENTIVOS FISCALES AL MECENAZGO**

(BOE de 24 de diciembre de 2002)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La importancia alcanzada en los últimos años por el denominado «tercer sector», así como la experiencia acumulada desde la aprobación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, hace necesaria una nueva regulación de los incentivos fiscales que se contenían en el Título II de la citada norma legal.

Cuando en 1994 se promulgó la citada Ley 30/1994, el legislador ya era consciente de las dimensiones alcanzadas por el fenómeno de la participación privada en actividades de interés general, en sus diversas formas jurídicas, si bien no pudo prever entonces que dicho fenómeno, lejos de atenuar su crecimiento, tendría en España un gran desarrollo en menos de una década.

La consecuencia lógica de este desarrollo ha sido que el marco normativo fiscal diseñado en el Título II de la Ley 30/1994 ha quedado desfasado, siendo necesario un nuevo régimen fiscal para las entidades sin fines lucrativos que, adaptado a la presente realidad, flexibilice los requisitos para acogerse a los incentivos que prevé esta Ley y dote de seguridad jurídica suficiente a tales entidades en el desarrollo de las actividades que realicen en cumplimiento de los fines de interés general que persiguen.

La finalidad que persigue la Ley es más ambiciosa que la mera regulación de un régimen fiscal propio de las entidades sin fines lucrativos, ya que, como su propio título indica, esta norma viene a establecer también el conjunto de incentivos que son aplicables a la actividad de mecenazgo realizada por particulares. En efecto, si bien la Ley 30/1994 contenía ya una serie de preceptos destinados a estimular la participación del sector privado en las actividades de interés general, la realidad permite constatar que su eficacia ha sido limitada.

Se hace necesaria, por tanto, una Ley como la presente, que ayude a encauzar los esfuerzos privados en actividades de interés general de un modo más eficaz, manteniendo y ampliando algunos de los incentivos previstos en la normativa anterior y estableciendo otros nuevos, más acordes con las nuevas formas de participación de la sociedad en la protección, el desarrollo y el estímulo del interés general.

En consecuencia, esta Ley, dictada al amparo del artículo 149.1.14.^a de la Constitución y sin perjuicio de los regímenes tributarios forales, tiene una finalidad eminentemente incentivadora de la colaboración particular en la consecución de fines de interés general, en atención y reconocimiento a la cada vez mayor presencia del sector privado en la tarea de proteger y promover actuaciones caracterizadas por la ausencia de ánimo de lucro, cuya única finalidad es de naturaleza general y pública.

II

La Ley está estructurada en tres Títulos, veintisiete artículos y las correspondientes disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales.

El Título I define el objeto de la Ley y su ámbito de aplicación, introduciendo, como novedad, una mención expresa a los regímenes forales en vigor en la Comunidad Autónoma del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra, así como a los convenios y tratados internacionales que han pasado a formar parte del ordenamiento interno español.

En el Título II se regula el régimen fiscal especial aplicable a las entidades sin fines lucrativos, el cual se apoya sobre tres pilares básicos: el concepto de entidad sin fines lucrativos a los efectos de la Ley, la tributación de dichas entidades por el Impuesto sobre Sociedades y la fiscalidad en materia de tributos locales.

Así, se fijan unas normas generales en virtud de las cuales se establece el concepto de entidad sin fines lucrativos a efectos de esta Ley.

El régimen fiscal especial es voluntario, de tal manera que podrán aplicarlo las entidades que, cumpliendo determinados requisitos, opten por él y comuniquen la opción al Ministerio de Hacienda.

La justificación de estos requisitos obedece a la intención de asegurar que el régimen fiscal especial que se establece para las entidades sin fines lucrativos se traduce en el destino de las rentas que obtengan a fines y actividades de interés general.

En relación con tales requisitos, merece destacar los siguientes:

Se mantiene el requisito, previsto en la legislación anterior, de destinar a la realización de los fines de interés general al menos el 70 por 100 del resultado de las explotaciones económicas que realicen y de los ingresos que obtengan por cualquier otro concepto minorados en los gastos realizados para su obtención. Se establece el requisito de que el importe restante, el que no ha sido aplicado a los fines de interés general, se destine a incrementar la dotación patrimonial o las reservas de las entidades sin fines lucrativos.

Se aclara que los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos y excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios o del objeto de la entidad sin fines lucrativos.

A efectos del requisito a que se refiere el primer párrafo, se excluye del cómputo de los ingresos, junto con lo recibido en concepto de dotación patrimonial, el importe de los ingresos obtenidos en la enajenación de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle su actividad propia, siempre que el importe total de la transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en que concorra también tal circunstancia.

El plazo general para destinar las rentas obtenidas por la entidad sin fines lucrativos a fines de interés general será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido los respectivos resultados e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio.

Las entidades sin fines lucrativos podrán adquirir libremente participaciones en sociedades mercantiles.

Se establece como nuevo requisito que el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las actividades económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades no supere el 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, y el desarrollo de estas actividades no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia.

Para acogerse al régimen fiscal especial, los órganos rectores deben ser gratuitos, aunque puedan ser retribuidos por el desempeño de servicios distintos de los propios del cargo.

Dicha gratuidad también se extiende a los administradores de entidades mercantiles que representen a las entidades sin fines lucrativos que participen en su capital, estableciéndose que, en estos casos, la retribución percibida por el administrador estará exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y no existirá obligación de practicar retención a cuenta de este impuesto.

Esta Ley regula de forma mucho más minuciosa el requisito relativo al destino del patrimonio de estas entidades en caso de disolución, que habrá de ser, en cualquier caso, otra entidad beneficiaria del mecenazgo de las definidas en la Ley, o una entidad pública, de naturaleza no fundacional, que persiga también el interés general. Esta regulación se complementa con la previsión expresa de la pérdida del régimen fiscal especial para las entidades cuyo régimen jurídico permita la reversión del patrimonio de la entidad, salvo que, como es lógico, la reversión está prevista en favor de alguna entidad beneficiaria del mecenazgo.

La rendición de cuentas, en ausencia de legislación específica, antes de transcurridos seis meses desde el cierre de su ejercicio, ante el organismo público encargado del registro en que deban estar inscritas.

La elaboración de una memoria económica anual que especifique, por categorías y por proyectos, los ingresos y gastos del ejercicio y que incluya el porcentaje de participación que mantengan en entidades mercantiles.

Como es lógico, la aplicación del régimen fiscal especial está condicionada al cumplimiento de los requisitos y supuestos de hecho relativos al mismo, de manera que el incumplimiento de cualquiera de ellos conlleva la pérdida del régimen fiscal

especial y la obligación de ingresar las cuotas de los tributos devengados durante el ejercicio fiscal en que se produzca el incumplimiento, junto con los intereses de demora que procedan.

Por lo que se refiere a la tributación de las entidades sin fines lucrativos por el impuesto sobre Sociedades, la Ley introduce novedades significativas.

Así, se declara la exención de las siguientes rentas: las derivadas de los ingresos obtenidos sin contraprestación; las procedentes del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la entidad, como los dividendos, intereses, cánones y alquileres; las derivadas de adquisiciones o de transmisiones, por cualquier título, de bienes o derechos; las obtenidas en el ejercicio de las explotaciones económicas exentas; y, finalmente, las que de acuerdo con la normativa tributaria deban ser atribuidas o imputadas a las entidades sin fines lucrativos.

En relación con las rentas derivadas del ejercicio de explotaciones económicas, la Ley sustituye el anterior sistema de exención rogada por una lista cerrada de explotaciones económicas, de tal manera que las rentas derivadas de las explotaciones económicas incluidas en la lista estarán exentas «ex lege». La exención se extiende a las rentas obtenidas de las explotaciones complementarias y auxiliares de las dirigidas a cumplir los fines que persiguen estas entidades, siempre que respeten los límites establecidos en la propia norma, así como a las derivadas de las explotaciones económicas consideradas de escasa relevancia.

En cuanto a la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de estas entidades, se establece que en su determinación únicamente serán computables los ingresos y los gastos correspondientes a las explotaciones económicas no exentas. Adicionalmente, se regulan los efectos de la transmisión del patrimonio resultante de la disolución de entidades sin fines lucrativos a otras entidades, disponiéndose la conservación de los valores y la antigüedad que tenían en la entidad transmitente los bienes y derechos transmitidos.

La base imponible del Impuesto sobre Sociedades será gravada a un tipo único del 10 por 100. La determinación de las rentas exentas que quedan sujetas a retención e ingreso a cuenta se remite a un ulterior desarrollo reglamentario.

Por lo que respecta a la fiscalidad de las entidades sin fines lucrativos en materia de tributos locales, el legislador ha decidido mantener las exenciones previstas en la Ley 30/1994, ampliando su ámbito. De este modo, estarán exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles todos aquellos bienes sujetos a este impuesto de los que sean titulares las entidades sin fines lucrativos, con la excepción de los afectados a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades. Asimismo, estarán exentas del Impuesto sobre Actividades Económicas las explotaciones económicas que desarrollen estas entidades cuando hayan sido calificadas como exentas por la propia Ley.

Como novedad, y en consonancia con la finalidad de favorecer la actividad que desarrollan estas entidades en beneficio del interés general, se introduce la exención en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana cuando la obligación legal de satisfacer el impuesto recaiga sobre una entidad sin fines

lucrativos, así como en las donaciones realizadas en favor de las entidades beneficiarias del mecenazgo.

En cuanto a la aplicación del régimen fiscal especial merece destacarse la sustitución del régimen de discrecionalidad administrativa por el de opción por el régimen por la propia entidad y comunicación a la Administración tributaria, afectando esta opción también al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

III

El Título III, dedicado a la regulación de los incentivos fiscales al mecenazgo, comienza estableciendo, mediante una enumeración cerrada, las entidades que pueden ser beneficiarias de esta colaboración.

A continuación se concretan los incentivos fiscales aplicables a donativos, donaciones y aportaciones realizadas en favor de las entidades beneficiarias. A este respecto, interesa destacar la novedad que supone la concesión de incentivos fiscales a la donación de derechos y a la constitución, sin contraprestación, de derechos reales de usufructo sobre bienes, derechos y valores. En cualquier caso, y como es lógico teniendo en cuenta la finalidad de estos incentivos, las ganancias patrimoniales y rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de estas donaciones o aportaciones estarán exentas en el impuesto personal del donante.

De este modo, los donativos, donaciones o aportaciones realizadas en favor de las entidades beneficiarias de la actividad de mecenazgo darán derecho a practicar una deducción en la cuota del impuesto personal sobre la renta del donante o aportante. Esta deducción será del 25 por 100 del importe de los donativos, donaciones y aportaciones realizadas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes para los contribuyentes sin establecimiento permanente en España, y del 35 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes para los contribuyentes con establecimiento permanente en España. Para garantizar la aplicación de este incentivo fiscal por las personas jurídicas y entidades no residentes que operen en España mediante establecimiento permanente, se permite que las deducciones no practicadas puedan aplicarse en los períodos impositivos que finalicen en los 10 años inmediatos y sucesivos. Los porcentajes de deducción y los límites pueden incrementarse en un máximo de cinco puntos porcentuales si la actividad de mecenazgo desarrollada por las entidades beneficiarias se encuentra comprendida en la relación de actividades prioritarias de mecenazgo que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El Título III, por último, regula los beneficios fiscales aplicables a otras actuaciones de mecenazgo distintas de la realización de donativos, donaciones y aportaciones. A este respecto interesa destacar las siguientes novedades:

Los gastos derivados de convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general celebrados con las entidades calificadas como beneficiarias del mecenazgo por esta Ley tendrán la consideración de gasto deducible a efectos de la determinación de la base imponible de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de

no Residentes, y del rendimiento neto de las actividades económicas en régimen de estimación directa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, suprimiendo en esta materia los límites que fijaba la Ley 30/1994.

La supresión de los límites para la deducibilidad de los gastos en actividades de interés general en que incurran las empresas.

La creación del marco jurídico al que deberán ajustarse los programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público que pueda establecer por Ley, fijando su contenido máximo, duración y reglas básicas.

IV

Las disposiciones adicionales complementan la Ley recogiendo diversas previsiones entre las que se encuentra, en primer lugar, una nueva regla especial de imputación de rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aplicable a las ayudas públicas destinadas a la conservación y rehabilitación de bienes de interés cultural; una novedosa regulación de las deducciones por gastos e inversiones en bienes del Patrimonio Histórico Español contenidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, extendiéndose el derecho a practicar la deducción a las cantidades invertidas en entornos protegidos de ciudades españolas o en conjuntos declarados Patrimonio Mundial por la Unesco, que se relacionan en un anexo de la propia Ley.

A continuación, se recogen las modificaciones que se introducen en el régimen de las entidades parcialmente exentas del Impuesto sobre Sociedades, con la finalidad de establecer la necesaria coherencia entre las previsiones en él contenidas y los preceptos de esta Ley, y en el régimen de exenciones previsto en el texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al objeto de hacer introducir también en este impuesto el automatismo en la aplicación de las exenciones que puedan corresponder a las entidades sin fines lucrativos por el ejercicio de la opción por el régimen fiscal especial y su comunicación a la Administración tributaria. De igual modo, se regula el régimen fiscal de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico de las Comunidades Autónomas, así como el aplicable a la Cruz Roja Española, a la Organización Nacional de Ciegos Españoles, a la Obra Pía de los Santos Lugares, al Consorcio de la Casa de América, a las fundaciones de entidades religiosas, a la Iglesia Católica y a las demás iglesias, confesiones o comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español, y al Instituto de España y a las Reales Academias integradas en el mismo, así como a las instituciones de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia que tengan fines análogos a los de la Real Academia Española.

Asimismo, la Ley recoge la posibilidad de que las entidades sin fines lucrativos puedan destinar su patrimonio en caso de disolución a la obra social de las cajas de ahorro, no siendo de aplicación en este supuesto el número 6.º del artículo 3.

Del mismo modo, la Ley establece una excepción al requisito previsto en el número 3.º de su artículo 3 en relación con los ingresos obtenidos en espectáculos

deportivos por las federaciones deportivas, el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español.

Por otro lado, la Ley regula el régimen tributario de las entidades benéficas de construcción constituidas al amparo del artículo 5 de la Ley de 15 de julio de 1954, de manera que estas entidades podrán optar por el régimen fiscal especial previsto en la presente Ley, siempre que cumplan los requisitos establecidos en su propia normativa reguladora, se encuentren debidamente inscritas en el registro correspondiente de la Administración central o autonómica, y cumplan el requisito establecido en el número 5.º del artículo 3 de esta Ley.

Por último, se regula, en aras de satisfacer las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, el derecho, durante los primeros seis meses siguientes a su entrada en vigor, a formular consultas a la Administración tributaria sobre su aplicación cuya contestación tendrá carácter vinculante.

En relación con la exención de tributos locales, y al igual que la Ley 30/1994, se dispone la no aplicación de lo previsto en el apartado 2 del artículo 9 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales y aclara que las remisiones normativas que en cualquier texto se hagan al Título II de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, se entenderán hechas a esta Ley.

Las disposiciones transitorias de la Ley establecen la vigencia, durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, de las exenciones en el Impuesto sobre Sociedades concedidas al amparo de la Ley 30/1994, así como la concesión de un plazo de un año para que las entidades ya existentes puedan cumplir los requisitos en relación con la retribución de los administradores en entidades mercantiles que hayan nombrado, y de dos años para que adapten sus estatutos al requisito relativo a la disolución.

La disposición derogatoria única de la Ley prevé la derogación, desde su entrada en vigor, de todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en ella.

Las disposiciones finales establecen una habilitación a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para modificar el tipo de gravamen y las deducciones contenidos en esta Ley, a la vez que habilitan al Gobierno para dictar el oportuno desarrollo reglamentario y regulan su entrada en vigor.

TÍTULO I

OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación.*

1. Esta Ley tiene por objeto regular el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos definidas en la misma, en consideración a su función social, actividades y características.

De igual modo, tiene por objeto regular los incentivos fiscales al mecenazgo. A efectos de esta Ley, se entiende por mecenazgo la participación privada en la realización de actividades de interés general.

2. En lo no previsto en esta Ley se aplicarán las normas tributarias generales.

3. Lo establecido en esta Ley se entenderá sin perjuicio de los regímenes tributarios forales de Concierto y Convenio Económico en vigor, respectivamente, en los Territorios Históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra y sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno, de conformidad con el artículo 96 de la Constitución Española.

TÍTULO II

RÉGIMEN FISCAL ESPECIAL DE LAS ENTIDADES SIN FINES LUCRATIVOS

CAPÍTULO I

Normas generales

Artículo 2. *Entidades sin fines lucrativos.*

Se consideran entidades sin fines lucrativos a efectos de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos establecidos en el artículo siguiente:

a) Las fundaciones.

b) Las asociaciones declaradas de utilidad pública.

c) Las organizaciones no gubernamentales de desarrollo a que se refiere la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, siempre que tengan alguna de las formas jurídicas a que se refieren los párrafos anteriores.

d) Las delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones.

e) Las federaciones deportivas españolas, las federaciones deportivas territoriales de ámbito autonómico integradas en aquéllas, el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español.

f) Las federaciones y asociaciones de las entidades sin fines lucrativos a que se refieren los párrafos anteriores.

Artículo 3. *Requisitos de las entidades sin fines lucrativos.*

Las entidades a que se refiere el artículo anterior, que cumplan los siguientes requisitos, serán consideradas, a efectos de esta Ley, como entidades sin fines lucrativos:

1.º Que persigan fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los de defensa de los derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, los de asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, económicas o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de fomento de la economía social, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.

2.º Que destinen a la realización de dichos fines al menos el 70 por 100 de las siguientes rentas e ingresos:

a) Las rentas de las explotaciones económicas que desarrollen.

b) Las rentas derivadas de la transmisión de bienes o derechos de su titularidad. En el cálculo de estas rentas no se incluirán las obtenidas en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes y derechos en los que concurra dicha circunstancia.

c) Los ingresos que obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados para la obtención de tales ingresos. Los gastos realizados para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos por servicios exteriores, de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios o del objeto de la entidad sin fines lucrativos. En el cálculo de los ingresos no se incluirán las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación patrimonial en el momento de su constitución o en un momento posterior.

Las entidades sin fines lucrativos deberán destinar el resto de las rentas e ingresos a incrementar la dotación patrimonial o las reservas.

El plazo para el cumplimiento de este requisito será el comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido las respectivas rentas e ingresos y los cuatro años siguientes al cierre de dicho ejercicio.

3.º Que la actividad realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria. Se entenderá cumplido este requisito si el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de las explotaciones económicas no exentas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria no excede del 40 por 100 de los ingresos totales de la entidad, siempre que el desarrollo de estas explotaciones económicas no exentas no vulnere las normas reguladoras de defensa de la competencia en relación con empresas que realicen la misma actividad.

A efectos de esta Ley, se considera que las entidades sin fines lucrativos desarrollan una explotación económica cuando realicen la ordenación por cuenta propia de

medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. El arrendamiento del patrimonio inmobiliario de la entidad no constituye, a estos efectos, explotación económica.

4.º Que los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado inclusive de cualquiera de ellos no sean los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades, ni se beneficien de condiciones especiales para utilizar sus servicios.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a las actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico, ni a las actividades de asistencia social o deportivas a que se refiere el artículo 20, apartado uno, en sus números 8.º y 13.º, respectivamente, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, ni a las fundaciones cuya finalidad sea la conservación y restauración de bienes del Patrimonio Histórico Español que cumplan las exigencias de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, o de la Ley de la respectiva Comunidad Autónoma que le sea de aplicación, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.

Lo dispuesto en el primer párrafo de este número no resultará de aplicación a las entidades a que se refiere el párrafo e) del artículo anterior.

5.º Que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, sin que las cantidades percibidas por este concepto puedan exceder de los límites previstos en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no resultará de aplicación a las entidades a que se refiere el párrafo e) del artículo anterior y respetará el régimen específico establecido para aquellas asociaciones que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, hayan sido declaradas de utilidad pública.

Los patronos, representantes estatutarios y miembros del órgano de gobierno podrán percibir de la entidad retribuciones por la prestación de servicios, incluidos los prestados en el marco de una relación de carácter laboral, distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato u órgano de representación, siempre que se cumplan las condiciones previstas en las normas por las que se rige la entidad. Tales personas no podrán participar en los resultados económicos de la entidad, ni por sí mismas, ni a través de persona o entidad interpuesta.

Lo dispuesto en este número será de aplicación igualmente a los administradores que representen a la entidad en las sociedades mercantiles en que participe, salvo que

las retribuciones percibidas por la condición de administrador se reintegren a la entidad que representen.

En este caso, la retribución percibida por el administrador estará exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y no existirá obligación de practicar retención a cuenta de este impuesto.

6.º Que, en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley, o a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general, y esta circunstancia esté expresamente contemplada en el negocio fundacional o en los estatutos de la entidad disuelta, siendo aplicable a dichas entidades sin fines lucrativos lo dispuesto en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 97 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

En ningún caso tendrán la condición de entidades sin fines lucrativos, a efectos de esta Ley, aquellas entidades cuyo régimen jurídico permita, en los supuestos de extinción, la reversión de su patrimonio al aportante del mismo o a sus herederos o legatarios, salvo que la reversión esté prevista en favor de alguna entidad beneficiaria del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley.

7.º Que estén inscritas en el registro correspondiente.

8.º Que cumplan las obligaciones contables previstas en las normas por las que se rigen o, en su defecto, en el Código de Comercio y disposiciones complementarias.

9.º Que cumplan las obligaciones de rendición de cuentas que establezca su legislación específica. En ausencia de previsión legal específica, deberán rendir cuentas antes de transcurridos seis meses desde el cierre de su ejercicio ante el organismo público encargado del registro correspondiente.

10.º Que elaboren anualmente una memoria económica en la que se especifiquen los ingresos y gastos del ejercicio, de manera que puedan identificarse por categorías y por proyectos, así como el porcentaje de participación que mantengan en entidades mercantiles.

Las entidades que estén obligadas en virtud de la normativa contable que les sea de aplicación a la elaboración anual de una memoria deberán incluir en dicha memoria la información a que se refiere este número.

Reglamentariamente, se establecerán el contenido de esta memoria económica, su plazo de presentación y el órgano ante el que debe presentarse.

Artículo 4. *Domicilio fiscal.*

El domicilio fiscal de las entidades sin fines lucrativos será el del lugar de su domicilio estatutario, siempre que en él esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y dirección de la entidad. En otro caso, dicho domicilio será el lugar en que se realice dicha gestión y dirección.

Si no pudiera establecerse el lugar del domicilio fiscal de acuerdo con los criterios anteriores, se considerará como tal el lugar donde radique el mayor valor del inmovilizado.

CAPÍTULO II

Impuesto sobre Sociedades

Artículo 5. *Normativa aplicable.*

En lo no previsto en este capítulo, serán de aplicación a las entidades sin fines lucrativos las normas del Impuesto sobre Sociedades.

Artículo 6. *Rentas exentas.*

Están exentas del Impuesto sobre Sociedades las siguientes rentas obtenidas por entidades sin fines lucrativos:

1.º Las derivadas de los siguientes ingresos:

a) Los donativos y donaciones recibidos para colaborar en los fines de la entidad, incluidas las aportaciones o donaciones en concepto de dotación patrimonial, en el momento de su constitución o en un momento posterior, y las ayudas económicas recibidas en virtud de los convenios de colaboración empresarial regulados en el artículo 25 de esta Ley y en virtud de los contratos de patrocinio publicitario a que se refiere la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

b) Las cuotas satisfechas por los asociados, colaboradores o benefactores, siempre que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación derivada de una explotación económica no exenta.

c) Las subvenciones, salvo las destinadas a financiar la realización de explotaciones económicas no exentas.

2.º Las procedentes del patrimonio mobiliario e inmobiliario de la entidad, como son los dividendos y participaciones en beneficios de sociedades, intereses, cánones y alquileres.

3.º Las derivadas de adquisiciones o de transmisiones, por cualquier título, de bienes o derechos, incluidas las obtenidas con ocasión de la disolución y liquidación de la entidad.

4.º Las obtenidas en el ejercicio de las explotaciones económicas exentas a que se refiere el artículo siguiente.

5.º Las que, de acuerdo con la normativa tributaria, deban ser atribuidas o imputadas a las entidades sin fines lucrativos y que procedan de rentas exentas incluidas en alguno de los apartados anteriores de este artículo.

Artículo 7. *Explotaciones económicas exentas.*

Están exentas del Impuesto sobre Sociedades las rentas obtenidas por entidades sin fines lucrativos que procedan de las siguientes explotaciones económicas, siempre y cuando sean desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica:

1.º Las explotaciones económicas de prestación de servicios de promoción y gestión de la acción social, así como los de asistencia social e inclusión social que se indican a continuación, incluyendo las actividades auxiliares o complementarias de aquéllos, como son los servicios accesorios de alimentación, alojamiento o transporte:

- a) Protección de la infancia y de la juventud.
- b) Asistencia a la tercera edad.
- c) Asistencia a personas en riesgo de exclusión o dificultad social o víctimas de malos tratos.
- d) Asistencia a personas con discapacidad, incluida la formación ocupacional, la inserción laboral y la explotación de granjas, talleres y centros especiales en los que desarrollen su trabajo.
- e) Asistencia a minorías étnicas.
- f) Asistencia a refugiados y asilados.
- g) Asistencia a emigrantes, inmigrantes y transeúntes.
- h) Asistencia a personas con cargas familiares no compartidas.
- i) Acción social comunitaria y familiar.
- j) Asistencia a ex reclusos.
- k) Reinserción social y prevención de la delincuencia.
- l) Asistencia a alcohólicos y toxicómanos.
- m) Cooperación para el desarrollo.
- n) Inclusión social de las personas a que se refieren los párrafos anteriores.

2.º Las explotaciones económicas de prestación de servicios de hospitalización o asistencia sanitaria, incluyendo las actividades auxiliares o complementarias de los mismos, como son la entrega de medicamentos o los servicios accesorios de alimentación, alojamiento y transporte.

3.º Las explotaciones económicas de investigación científica y desarrollo tecnológico.

4.º Las explotaciones económicas de los bienes declarados de interés cultural conforme a la normativa del Patrimonio Histórico del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como de museos, bibliotecas, archivos y centros de documentación, siempre y cuando se cumplan las exigencias establecidas en dicha normativa, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.

5.º Las explotaciones económicas consistentes en la organización de representaciones musicales, coreográficas, teatrales, cinematográficas o circenses.

6.º Las explotaciones económicas de parques y otros espacios naturales protegidos de características similares.

7.º Las explotaciones económicas de enseñanza y de formación profesional, en todos los niveles y grados del sistema educativo, así como las de educación infantil hasta los tres años, incluida la guarda y custodia de niños hasta esa edad, las de educación especial, las de educación compensatoria y las de educación permanente y de adultos, cuando estén exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido, así como las explotaciones económicas de alimentación, alojamiento o transporte realizadas por centros docentes y colegios mayores pertenecientes a entidades sin fines lucrativos.

8.º Las explotaciones económicas consistentes en la organización de exposiciones, conferencias, coloquios, cursos o seminarios.

9.º Las explotaciones económicas de elaboración, edición, publicación y venta de libros, revistas, folletos, material audiovisual y material multimedia.

10.º Las explotaciones económicas de prestación de servicios de carácter deportivo a personas físicas que practiquen el deporte o la educación física, siempre que tales servicios estén directamente relacionados con dichas prácticas y con excepción de los servicios relacionados con espectáculos deportivos y de los prestados a deportistas profesionales.

11.º Las explotaciones económicas que tengan un carácter meramente auxiliar o complementario de las explotaciones económicas exentas o de las actividades encaminadas a cumplir los fines estatutarios o el objeto de la entidad sin fines lucrativos.

No se considerará que las explotaciones económicas tienen un carácter meramente auxiliar o complementario cuando el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de ellas exceda del 20 por 100 de los ingresos totales de la entidad.

12.º Las explotaciones económicas de escasa relevancia. Se consideran como tales aquellas cuyo importe neto de la cifra de negocios del ejercicio no supere en conjunto 20.000 euros.

Artículo 8. *Determinación de la base imponible.*

1. En la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de las entidades sin fines lucrativos sólo se incluirán las rentas derivadas de las explotaciones económicas no exentas.

2. No tendrán la consideración de gastos deducibles, además de los establecidos por la normativa general del Impuesto sobre Sociedades, los siguientes:

a) Los gastos imputables exclusivamente a las rentas exentas.

Los gastos parcialmente imputables a las rentas no exentas serán deducibles en el porcentaje que representen los ingresos obtenidos en el ejercicio de explotaciones económicas no exentas respecto de los ingresos totales de la entidad.

b) Las cantidades destinadas a la amortización de elementos patrimoniales no afectos a las explotaciones económicas sometidas a gravamen.

En el caso de elementos patrimoniales afectos parcialmente a la realización de actividades exentas, no resultarán deducibles las cantidades destinadas a la amortización en el porcentaje en que el elemento patrimonial se encuentre afecto a la realización de dicha actividad.

c) Las cantidades que constituyan aplicación de resultados y, en particular, de los excedentes de explotaciones económicas no exentas.

Artículo 9. *Normas de valoración.*

Los bienes y derechos integrantes del patrimonio resultante de la disolución de una entidad sin fines lucrativos que se transmitan a otra entidad sin fines lucrativos, en aplicación de lo previsto en el número 6.º del artículo 3 de esta Ley, se valorarán en la adquirente, a efectos fiscales, por los mismos valores que tenían en la entidad disuelta antes de realizarse la transmisión, manteniéndose igualmente la fecha de adquisición por parte de la entidad disuelta.

Artículo 10. *Tipo de gravamen.*

La base imponible positiva que corresponda a las rentas derivadas de explotaciones económicas no exentas será gravada al tipo del 10 por 100.

Artículo 11. *Obligaciones contables.*

Las entidades sin fines lucrativos que obtengan rentas de explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades tendrán las obligaciones contables previstas en las normas reguladoras de dicho impuesto. La contabilidad de estas entidades se llevará de tal forma que permita identificar los ingresos y gastos correspondientes a las explotaciones económicas no exentas.

Artículo 12. *Rentas no sujetas a retención.*

Las rentas exentas en virtud de esta Ley no estarán sometidas a retención ni ingreso a cuenta. Reglamentariamente, se determinará el procedimiento de acreditación de las entidades sin fines lucrativos a efectos de la exclusión de la obligación de retener.

Artículo 13. *Obligación de declarar.*

Las entidades que opten por el régimen fiscal establecido en este Título estarán obligadas a declarar por el Impuesto sobre Sociedades la totalidad de sus rentas, exentas y no exentas.

Artículo 14. *Aplicación del régimen fiscal especial.*

1. Las entidades sin fines lucrativos podrán acogerse al régimen fiscal especial establecido en este Título en el plazo y en la forma que reglamentariamente se establezca.

Ejercitada la opción, la entidad quedará vinculada a este régimen de forma indefinida durante los períodos impositivos siguientes, en tanto se cumplan los requisitos

del artículo 3 de esta Ley y mientras no se renuncie a su aplicación en la forma que reglamentariamente se establezca.

2. La aplicación del régimen fiscal especial estará condicionada al cumplimiento de los requisitos y supuestos de hecho relativos al mismo, que deberán ser probados por la entidad.

3. El incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 3 de esta Ley determinará para la entidad la obligación de ingresar la totalidad de las cuotas correspondientes al ejercicio en que se produzca el incumplimiento por el Impuesto sobre Sociedades, los tributos locales y el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de acuerdo con la normativa reguladora de estos tributos, junto con los intereses de demora que procedan.

La obligación establecida en este apartado se referirá a las cuotas correspondientes al ejercicio en que se obtuvieron los resultados e ingresos no aplicados correctamente, cuando se trate del requisito establecido en el número 2.º del artículo 3 de esta Ley, y a las cuotas correspondientes al ejercicio en que se produzca el incumplimiento y a los cuatro anteriores, cuando se trate del establecido en el número 6.º del mismo artículo, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, procedan.

CAPÍTULO III

Tributos locales

Artículo 15. *Tributos locales.*

1. Estarán exentos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles los bienes de los que sean titulares, en los términos previstos en la normativa reguladora de las Haciendas Locales, las entidades sin fines lucrativos, excepto los afectos a explotaciones económicas no exentas del Impuesto sobre Sociedades.

2. Las entidades sin fines lucrativos estarán exentas del Impuesto sobre Actividades Económicas por las explotaciones económicas a que se refiere el artículo 7 de esta Ley. No obstante, dichas entidades deberán presentar declaración de alta en la matrícula de este impuesto y declaración de baja en caso de cese en la actividad.

3. Estarán exentos del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana los incrementos correspondientes cuando la obligación legal de satisfacer dicho impuesto recaiga sobre una entidad sin fines lucrativos.

En el supuesto de transmisiones de terrenos o de constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio sobre los mismos, efectuadas a título oneroso por una entidad sin fines lucrativos, la exención en el referido impuesto estará condicionada a que tales terrenos cumplan los requisitos establecidos para aplicar la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

4. La aplicación de las exenciones previstas en este artículo estará condicionada a que las entidades sin fines lucrativos comuniquen al ayuntamiento correspondiente el

ejercicio de la opción regulada en el apartado 1 del artículo anterior y al cumplimiento de los requisitos y supuestos relativos al régimen fiscal especial regulado en este Título.

5. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las exenciones previstas en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

TÍTULO III INCENTIVOS FISCALES AL MECENAZGO

CAPÍTULO I

Entidades beneficiarias

Artículo 16. *Entidades beneficiarias del mecenazgo.*

Los incentivos fiscales previstos en este Título serán aplicables a los donativos, donaciones y aportaciones que, cumpliendo los requisitos establecidos en este Título, se hagan en favor de las siguientes entidades:

- a) Las entidades sin fines lucrativos a las que sea de aplicación el régimen fiscal establecido en el Título II de esta Ley.
- b) El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, así como los Organismos autónomos del Estado y las entidades autónomas de carácter análogo de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.
- c) Las universidades públicas y los colegios mayores adscritos a las mismas.
- d) El Instituto Cervantes, el Institut Ramon Llull y las demás instituciones con fines análogos de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia.

CAPÍTULO II

Régimen fiscal de las donaciones y aportaciones

Artículo 17. *Donativos, donaciones y aportaciones deducibles.*

1. Darán derecho a practicar las deducciones previstas en este Título los siguientes donativos, donaciones y aportaciones irrevocables, puros y simples, realizados en favor de las entidades a las que se refiere el artículo anterior:

- a) Donativos y donaciones dinerarios, de bienes o de derechos.
- b) Cuotas de afiliación a asociaciones que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación presente o futura.
- c) La constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes, derechos o valores, realizada sin contraprestación.
- d) Donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro general de bienes de interés cultural o incluidos en el Inventario general a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

e) Donativos o donaciones de bienes culturales de calidad garantizada en favor de entidades que persigan entre sus fines la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión del patrimonio histórico artístico.

2. En el caso de revocación de la donación por alguno de los supuestos contemplados en el Código Civil, el donante ingresará, en el período impositivo en el que dicha revocación se produzca, las cuotas correspondientes a las deducciones aplicadas, sin perjuicio de los intereses de demora que procedan.

Lo establecido en el párrafo anterior se aplicará en los supuestos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Artículo 18. *Base de las deducciones por donativos, donaciones y aportaciones.*

1. La base de las deducciones por donativos, donaciones y aportaciones realizados en favor de las entidades a las que se refiere el artículo 16 será:

- a) En los donativos dinerarios, su importe.
- b) En los donativos o donaciones de bienes o derechos, el valor contable que tuviesen en el momento de la transmisión y, en su defecto, el valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio.
- c) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes inmuebles, el importe anual que resulte de aplicar, en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo, el 2 por 100 al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo.
- d) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre valores, el importe anual de los dividendos o intereses percibidos por el usufructuario en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo.
- e) En la constitución de un derecho real de usufructo sobre otros bienes y derechos, el importe anual resultante de aplicar el interés legal del dinero de cada ejercicio al valor del usufructo determinado en el momento de su constitución conforme a las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- f) En los donativos o donaciones de obras de arte de calidad garantizada y de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español a que se refieren los párrafos d) y e) del apartado 1 del artículo 17 de esta Ley, la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación. En el caso de los bienes culturales que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará, asimismo, la suficiencia de la calidad de la obra.

2. El valor determinado de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior tendrá como límite máximo el valor normal en el mercado del bien o derecho transmitido en el momento de su transmisión.

Artículo 19. *Deducción de la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán derecho a deducir de la cuota íntegra el 25 por 100 de la base de la deducción determinada según lo dispuesto en el artículo 18.

2. La base de esta deducción se computará a efectos del límite previsto en el artículo 56, apartado 1, de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias.

Artículo 20. *Deducción de la cuota del Impuesto sobre Sociedades.*

1. Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades tendrán derecho a deducir de la cuota íntegra, minorada en las deducciones y bonificaciones previstas en los capítulos II, III y IV del Título VI de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, el 35 por 100 de la base de la deducción determinada según lo dispuesto en el artículo 18. Las cantidades correspondientes al período impositivo no deducidas podrán aplicarse en las liquidaciones de los períodos impositivos que concluyan en los 10 años inmediatos y sucesivos.

2. La base de esta deducción no podrá exceder del 10 por 100 de la base imponible del período impositivo. Las cantidades que excedan de este límite se podrán aplicar en los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos.

Artículo 21. *Deducción de la cuota del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.*

1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que operen en territorio español sin establecimiento permanente podrán aplicar la deducción establecida en el apartado 1 del artículo 19 de esta Ley en las declaraciones que por dicho impuesto presenten por hechos imposables acaecidos en el plazo de un año desde la fecha del donativo, donación o aportación.

La base de esta deducción no podrá exceder del 10 por 100 de la base imponible del conjunto de las declaraciones presentadas en ese plazo.

2. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que operen en territorio español mediante establecimiento permanente podrán aplicar la deducción establecida en el artículo anterior.

Artículo 22. *Actividades prioritarias de mecenazgo.*

La Ley de Presupuestos Generales del Estado podrá establecer una relación de actividades prioritarias de mecenazgo en el ámbito de los fines de interés general citados en el número 1.º del artículo 3 de esta Ley, así como las entidades beneficiarias, de acuerdo con su artículo 16.

En relación con dichas actividades y entidades, la Ley de Presupuestos Generales del Estado podrá elevar en cinco puntos porcentuales, como máximo, los porcentajes y límites de las deducciones establecidas en los artículos 19, 20 y 21 de esta Ley.

Artículo 23. *Exención de las rentas derivadas de donativos, donaciones y aportaciones.*

1. Estarán exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que grave la renta del donante o aportante las ganancias patrimoniales y las rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de los donativos, donaciones y aportaciones a que se refiere el artículo 17 de esta Ley.

2. Estarán exentos del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana los incrementos que se pongan de manifiesto en las transmisiones de terrenos, o en la constitución o transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio, realizadas con ocasión de los donativos, donaciones y aportaciones a que se refiere el artículo 17 de esta Ley.

Artículo 24. *Justificación de los donativos, donaciones y aportaciones deducibles.*

1. La efectividad de los donativos, donaciones y aportaciones deducibles se justificará mediante certificación expedida por la entidad beneficiaria, con los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

2. La entidad beneficiaria deberá remitir a la Administración tributaria, en la forma y en los plazos que se establezcan reglamentariamente, la información sobre las certificaciones expedidas.

3. La certificación a la que se hace referencia en los apartados anteriores deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El número de identificación fiscal y los datos de identificación personal del donante y de la entidad donataria.

b) Mención expresa de que la entidad donataria se encuentra incluida en las reguladas en el artículo 16 de esta Ley.

c) Fecha e importe del donativo cuando éste sea dinerario.

d) Documento público u otro documento auténtico que acredite la entrega del bien donado cuando no se trate de donativos en dinero.

e) Destino que la entidad donataria dará al objeto donado en el cumplimiento de su finalidad específica.

f) Mención expresa del carácter irrevocable de la donación, sin perjuicio de lo establecido en las normas imperativas civiles que regulan la revocación de donaciones.

CAPÍTULO III

Régimen fiscal de otras formas de mecenazgo

Artículo 25. *Convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general.*

1. Se entenderá por convenio de colaboración empresarial en actividades de interés general, a los efectos previstos en esta Ley, aquel por el cual las entidades a que se refiere el artículo 16, a cambio de una ayuda económica para la realización de las

actividades que efectúen en cumplimiento del objeto o finalidad específica de la entidad, se comprometen por escrito a difundir, por cualquier medio, la participación del colaborador en dichas actividades.

La difusión de la participación del colaborador en el marco de los convenios de colaboración definidos en este artículo no constituye una prestación de servicios.

2. Las cantidades satisfechas o los gastos realizados tendrán la consideración de gastos deducibles para determinar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la entidad colaboradora o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes de los contribuyentes que operen en territorio español mediante establecimiento permanente o el rendimiento neto de la actividad económica de los contribuyentes acogidos al régimen de estimación directa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

3. El régimen fiscal aplicable a las cantidades satisfechas en cumplimiento de estos convenios de colaboración será incompatible con los demás incentivos fiscales previstos en esta Ley.

Artículo 26. *Gastos en actividades de interés general.*

1. Para la determinación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes de los contribuyentes que operen en territorio español mediante establecimiento permanente o del rendimiento neto de la actividad económica de los contribuyentes acogidos al régimen de estimación directa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la consideración de deducibles los gastos realizados para los fines de interés general a que se refiere el número 1.º del artículo 3 de esta Ley.

2. La deducción de los gastos en actividades de interés general a que se refiere el apartado anterior será incompatible con los demás incentivos fiscales previstos en esta Ley.

Artículo 27. *Programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público.*

1. Son programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público el conjunto de incentivos fiscales específicos aplicables a las actuaciones que se realicen para asegurar el adecuado desarrollo de los acontecimientos que, en su caso, se determinen por Ley.

2. La Ley que apruebe cada uno de estos programas regulará, al menos, los siguientes extremos:

a) La duración del programa, que podrá ser de hasta tres años.

b) La creación de un consorcio o la designación de un órgano administrativo que se encargue de la ejecución del programa y que certifique la adecuación de los gastos e inversiones realizadas a los objetivos y planes del mismo.

En dicho consorcio u órgano estarán representadas, necesariamente, las Administraciones públicas interesadas en el acontecimiento y, en todo caso, el Ministerio de Hacienda.

Para la emisión de la certificación será necesario el voto favorable de la representación del Ministerio de Hacienda.

c) Las líneas básicas de las actuaciones que se vayan a organizar en apoyo del acontecimiento, sin perjuicio de su desarrollo posterior por el consorcio o por el órgano administrativo correspondiente en planes y programas de actividades específicas.

d) Los beneficios fiscales aplicables a las actuaciones a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los límites del apartado siguiente.

3. Los beneficios fiscales establecidos en cada programa serán, como máximo, los siguientes:

Primero. Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que realicen actividades económicas en régimen de estimación directa y los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que operen en territorio español mediante establecimiento permanente podrán deducir de la cuota íntegra del impuesto el 15 por 100 de los gastos que, en cumplimiento de los planes y programas de actividades establecidos por el consorcio o por el órgano administrativo correspondiente, realicen en la propaganda y publicidad de proyección plurianual que sirvan directamente para la promoción del respectivo acontecimiento.

El importe de esta deducción no puede exceder del 90 por 100 de las donaciones efectuadas al consorcio, entidades de titularidad pública o entidades a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, encargadas de la realización de programas y actividades relacionadas con el acontecimiento. De aplicarse esta deducción, dichas donaciones no podrán acogerse a cualquiera de los incentivos fiscales previstos en esta Ley.

Cuando el contenido del soporte publicitario se refiera de modo esencial a la divulgación del acontecimiento, la base de la deducción será el importe total del gasto realizado. En caso contrario, la base de la deducción será el 25 por 100 de dicho gasto.

Esta deducción se computará conjuntamente con las reguladas en el Capítulo IV del Título VI del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, a los efectos establecidos en el artículo 44 del mismo ¹.

Segundo. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de no Residentes que operen en territorio español mediante establecimiento permanente tendrán derecho a las deducciones previstas, respectivamente, en los artículos 19, 20 y 21 de esta Ley, por las donaciones y aportaciones

¹ La redacción de este apartado primero corresponde a la establecida por Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

que realicen a favor del consorcio que, en su caso, se cree con arreglo a lo establecido en el apartado anterior.

El régimen de mecenazgo prioritario previsto en el artículo 22 de esta Ley será de aplicación a los programas y actividades relacionados con el acontecimiento, siempre que sean aprobados por el consorcio u órgano administrativo encargado de su ejecución y se realicen por las entidades a que se refiere el artículo 2 de esta Ley o por el citado consorcio, elevándose en cinco puntos porcentuales los porcentajes y límites de las deducciones establecidas en los artículos 19, 20 y 21 de esta Ley.

Tercero. Las transmisiones sujetas al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados tendrán una bonificación del 95 por 100 de la cuota cuando los bienes y derechos adquiridos se destinen, directa y exclusivamente, por el sujeto pasivo a la realización de inversiones con derecho a deducción a que se refiere el punto primero de este apartado.

Cuarto. Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Actividades Económicas tendrán una bonificación del 95 por 100 en las cuotas y recargos correspondientes a las actividades de carácter artístico, cultural, científico o deportivo que hayan de tener lugar durante la celebración del respectivo acontecimiento y que se enmarquen en los planes y programas de actividades elaborados por el consorcio o por el órgano administrativo correspondiente.

Quinto. Las empresas o entidades que desarrollen los objetivos del respectivo programa tendrán una bonificación del 95 por 100 en todos los impuestos y tasas locales que puedan recaer sobre las operaciones relacionadas exclusivamente con el desarrollo de dicho programa.

Sexto. A los efectos previstos en los números anteriores no será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 9 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

4. La Administración tributaria comprobará la concurrencia de las circunstancias o requisitos necesarios para la aplicación de los beneficios fiscales, practicando, en su caso, la regularización que resulte procedente.

5. Reglamentariamente, se establecerá el procedimiento para la aplicación de los beneficios fiscales previstos en los programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público.

Disposición adicional primera. *Modificación de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias.*

1. Se añade un nuevo párrafo j) al apartado 2 del artículo 14 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, que queda redactado en los siguientes términos:

«j) Las ayudas públicas otorgadas por las Administraciones competentes a los titulares de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español inscritos en el Registro general de bienes de interés cultural a que se refiere la Ley 16/1985, de 25

de junio, del Patrimonio Histórico Español, y destinadas exclusivamente a su conservación o rehabilitación, podrán imputarse por cuartas partes en el período impositivo en que se obtengan y en los tres siguientes, siempre que se cumplan las exigencias establecidas en dicha Ley, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes».

2. Se modifica el apartado 3 del artículo 55 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Deducciones por donativos.

Los contribuyentes podrán aplicar, en este concepto:

- a) Las deducciones previstas en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.
- b) El 10 por 100 de las cantidades donadas a las fundaciones legalmente reconocidas que rindan cuentas al órgano del protectorado correspondiente, así como a las asociaciones declaradas de utilidad pública, no comprendidas en el párrafo anterior».

3. Se modifica el apartado 5 del artículo 55 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, que queda redactado en los siguientes términos:

«5. Deducción por actuaciones para la protección y difusión del Patrimonio Histórico Español y de las ciudades, conjuntos y bienes declarados Patrimonio Mundial.

Los contribuyentes tendrán derecho a una deducción en la cuota del 15 por 100 del importe de las inversiones o gastos que realicen para:

- a) La adquisición de bienes del Patrimonio Histórico Español, realizada fuera del territorio español para su introducción dentro de dicho territorio, siempre que los bienes permanezcan en él y dentro del patrimonio del titular durante al menos tres años.

La base de esta deducción será la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación.

- b) La conservación, reparación, restauración, difusión y exposición de los bienes de su propiedad que estén declarados de interés cultural conforme a la normativa del Patrimonio Histórico del Estado y de las Comunidades Autónomas, siempre y cuando se cumplan las exigencias establecidas en dicha normativa, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.

- c) La rehabilitación de edificios, el mantenimiento y reparación de sus tejados y fachadas, así como la mejora de infraestructuras de su propiedad situados en el entorno que sea objeto de protección de las ciudades españolas o de los conjuntos arquitectónicos, arqueológicos, naturales o paisajísticos y de los bienes declarados Patrimonio Mundial por la Unesco situados en España».

Disposición adicional segunda. *Modificación de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.*

1. Se modifica el apartado 2 del artículo 9 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que quedará redactado en los siguientes términos:

«2. Estarán parcialmente exentas del impuesto, en los términos previstos en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, las entidades e instituciones sin ánimo de lucro a las que sea de aplicación dicho Título».

2. Se modifica el apartado 2 del artículo 26 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que quedará redactado en los siguientes términos:

«2. Tributarán al tipo del 25 por 100:

a) Las mutuas de seguros generales, las mutualidades de previsión social y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social que cumplan los requisitos establecidos por su normativa reguladora.

b) Las sociedades de garantía recíproca y las sociedades de reafianzamiento reguladas en la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, inscritas en el registro especial del Banco de España.

c) Las sociedades cooperativas de crédito y cajas rurales, excepto por lo que se refiere a los resultados extracooperativos, que tributarán al tipo general.

d) Los colegios profesionales, las asociaciones empresariales, las cámaras oficiales, los sindicatos de trabajadores y los partidos políticos.

e) Las entidades sin fines lucrativos a las que no sea de aplicación el régimen fiscal establecido en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

f) Los fondos de promoción de empleo constituidos al amparo del artículo 22 de la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre Reconversión y Reindustrialización.

g) Las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas».

3. Se modifica el apartado 4 del artículo 26 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que quedará redactado en los siguientes términos:

«4. Tributarán al 10 por 100 las entidades a las que sea de aplicación el régimen fiscal establecido en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo».

4. Se modifican la rúbrica del artículo 35 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el apartado 1 de dicho artículo, que quedan redactados en los siguientes términos:

«Artículo 35. *Deducción por actuaciones para la protección y difusión del Patrimonio Histórico Español y de las ciudades, conjuntos y bienes declarados Patrimonio Mundial, así como por inversiones en producciones cinematográficas y en edición de libros.*

1. Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades tendrán derecho a una deducción en la cuota íntegra del 15 por 100 del importe de las inversiones o gastos que realicen para:

a) La adquisición de bienes del Patrimonio Histórico Español, realizada fuera del territorio español para su introducción dentro de dicho territorio, siempre que los bienes permanezcan en él y dentro del patrimonio del titular durante al menos tres años.

La base de esta deducción será la valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación.

b) La conservación, reparación, restauración, difusión y exposición de los bienes de su propiedad que estén declarados de interés cultural conforme a la normativa del Patrimonio Histórico del Estado y de las Comunidades Autónomas, siempre y cuando se cumplan las exigencias establecidas en dicha normativa, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes.

c) La rehabilitación de edificios, el mantenimiento y reparación de sus tejados y fachadas, así como la mejora de infraestructuras de su propiedad situados en el entorno que sea objeto de protección de las ciudades españolas o de los conjuntos arquitectónicos, arqueológicos, naturales o paisajísticos y de los bienes declarados Patrimonio Mundial por la Unesco situados en España».

5. Se modifica el artículo 134 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 134. *Rentas exentas.*

1. Estarán exentas las siguientes rentas obtenidas por las entidades que se citan en el artículo anterior:

a) Las que procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica.

A efectos de la aplicación de este régimen a la Entidad de Derecho Público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias se considerará que no proceden de la realización de explotaciones económicas los ingresos de naturaleza tributaria y los procedentes del ejercicio de la potestad sancionadora y de la actividad administrativa realizadas por las Autoridades Portuarias, así como los procedentes de la actividad de coordinación y control de eficiencia del sistema portuario realizada por el Ente Público Puertos del Estado.

b) Las derivadas de adquisiciones y de transmisiones a título lucrativo, siempre que unas y otras se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica.

c) Las que se pongan de manifiesto en la transmisión onerosa de bienes afectos a la realización del objeto o finalidad específica cuando el total producto obtenido se destine a nuevas inversiones relacionadas con dicho objeto o finalidad específica.

Las nuevas inversiones deberán realizarse dentro del plazo comprendido entre el año anterior a la fecha de la entrega o puesta a disposición del elemento patrimonial y los tres años posteriores y mantenerse en el patrimonio de la entidad durante siete años, excepto que su vida útil conforme al método de amortización, de los admitidos en el artículo 11.1 de esta Ley, que se aplique fuere inferior.

En caso de no realizarse la inversión dentro del plazo señalado, la parte de cuota íntegra correspondiente a la renta obtenida se ingresará, además de los intereses de demora, conjuntamente con la cuota correspondiente al período impositivo en que venció aquél.

La transmisión de dichos elementos antes del término del mencionado plazo determinará la integración en la base imponible de la parte de renta no gravada, salvo que el importe obtenido sea objeto de una nueva reinversión.

2. La exención a que se refiere el apartado anterior no alcanzará a los rendimientos de explotaciones económicas, ni a las rentas derivadas del patrimonio, ni a las rentas obtenidas en transmisiones, distintas de las señaladas en él.

3. Se considerarán rendimientos de una explotación económica todos aquellos que procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

6. Se modifica el artículo 135 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 135. *Determinación de la base imponible.*

1. La base imponible se determinará aplicando las normas previstas en el Título IV de esta Ley.

2. No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles, además de los establecidos en el artículo 14 de esta Ley, los siguientes:

a) Los gastos imputables exclusivamente a las rentas exentas. Los gastos parcialmente imputables a las rentas no exentas serán deducibles en el porcentaje que representen los ingresos obtenidos en el ejercicio de explotaciones económicas no exentas respecto de los ingresos totales de la entidad.

b) Las cantidades que constituyan aplicación de resultados y, en particular, de los que se destinen al sostenimiento de las actividades exentas a que se refiere el párrafo a) del apartado 1 del artículo anterior».

7. Se añade un nuevo párrafo al apartado 1 del artículo 139 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. Los sujetos pasivos de este impuesto deberán llevar su contabilidad de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio o con lo establecido en las normas por las que se rigen.

En todo caso, los sujetos pasivos a que se refiere el Título VIII, capítulo XV, de esta Ley llevarán su contabilidad de tal forma que permita identificar los ingresos y gastos correspondientes a las rentas y explotaciones económicas no exentas».

Disposición adicional tercera. *Modificación del Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.*

Se modifica la letra A) del artículo 45.I del texto refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que quedará redactado en los siguientes términos:

«I. A) Estarán exentos del impuesto:

a) El Estado y las Administraciones públicas territoriales e institucionales y sus establecimientos de beneficencia, cultura, Seguridad Social, docentes o de fines científicos.

Esta exención será igualmente aplicable a aquellas entidades cuyo régimen fiscal haya sido equiparado por una Ley al del Estado o al de las Administraciones públicas citadas.

b) Las entidades sin fines lucrativos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 49/2002, de..., de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que se acojan al régimen fiscal especial en la forma prevista en el artículo 14 de dicha Ley.

A la autoliquidación en que se aplique la exención se acompañará la documentación que acredite el derecho a la exención.

c) Las cajas de ahorro, por las adquisiciones directamente destinadas a su obra social.

d) La Iglesia Católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español.

e) El Instituto de España y las Reales Academias integradas en el mismo, así como las instituciones de las Comunidades Autónomas que tengan fines análogos a los de la Real Academia Española.

f) La Cruz Roja Española y la Organización Nacional de Ciegos Españoles.

g) La Obra Pía de los Santos Lugares».

Disposición adicional cuarta. *Régimen fiscal de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico de las Comunidades Autónomas.*

El régimen establecido en esta Ley referente a los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, inscritos en el Registro general de bienes de interés cultural o incluidos en el Inventario general a que se refiere la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, se aplicará a los bienes culturales declarados o inscritos por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo establecido en sus normas reguladoras.

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley y en el artículo 73 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, la valoración de tales bienes por las Comunidades Autónomas se realizará por sus órganos competentes según las respectivas normas reguladoras. Asimismo, la valoración se realizará por los mismos órganos cuando la donataria sea una Comunidad Autónoma.

Disposición adicional quinta. *Régimen tributario de la Cruz Roja Española y de la Organización Nacional de Ciegos Españoles*².

El régimen previsto en los artículos 5 a 15, ambos inclusive, de esta Ley será de aplicación a la Cruz Roja Española y a la Organización Nacional de Ciegos Españoles, siempre que cumplan el requisito establecido en el penúltimo párrafo del número 5.º del artículo 3 de esta Ley, conservando su vigencia las exenciones concedidas con anterioridad a su entrada en vigor.

Estas entidades serán consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley.

Tendrá la consideración de explotación económica exenta, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 7 de esta Ley, la comercialización por la Organización Nacional de Ciegos Españoles de cualquier tipo de juego autorizado por el Gobierno de la Nación, de conformidad con el régimen jurídico previsto en la disposición adicional cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Disposición adicional sexta. *Régimen tributario de la Obra Pía de los Santos Lugares.*

El régimen previsto en los artículos 5 a 15, ambos inclusive, de esta Ley será de aplicación a la Obra Pía de los Santos Lugares, siempre que cumpla el requisito establecido en el número 5.º del artículo 3 de esta Ley. La Obra Pía será considerada como entidad beneficiaria del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley.

² La redacción de esta disposición corresponde a la establecida por Ley 4/2006, de 29 de marzo, de adaptación del régimen de las entidades navieras en función del tonelaje a las nuevas directrices comunitarias sobre ayudas de Estado al transporte marítimo y de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias.

Disposición adicional séptima. *Régimen tributario de los consorcios Casa de América, Casa de Asia, «Institut Europeu de la Mediterrània» y el Museo Nacional de Arte de Cataluña*³.

Los consorcios Casa de América, Casa de Asia, «Institut Europeu de la Casa de la Mediterrània» y el Museo Nacional de Arte de Cataluña serán considerados entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta ley.

Disposición adicional octava. *Fundaciones de entidades religiosas.*

Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación, para las fundaciones propias de estas entidades, que podrán optar por el régimen fiscal establecido en los artículos 5 a 25 de esta Ley, siempre que en este último caso presenten la certificación de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, y cumplan el requisito establecido en el número 5.º del artículo 3 de esta Ley.

Disposición adicional novena. *Régimen tributario de la Iglesia Católica y de otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas.*

1. El régimen previsto en los artículos 5 a 15, ambos inclusive, de esta Ley será de aplicación a la Iglesia Católica y a las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español, sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos a que se refiere la disposición adicional anterior.

2. El régimen previsto en esta Ley será también de aplicación a las asociaciones y entidades religiosas comprendidas en el artículo V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos suscrito entre el Estado español y la Santa Sede, así como a las entidades contempladas en el apartado 5 del artículo 11 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; en el apartado 5 del artículo 11 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, y en el apartado 4 del artículo 11 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, siempre que estas entidades cumplan los requisitos exigidos por esta Ley a las entidades sin fines lucrativos para la aplicación de dicho régimen.

3. Las entidades de la Iglesia Católica contempladas en los artículos IV y V del Acuerdo sobre Asuntos Económicos entre el Estado español y la Santa Sede, y las igualmente existentes en los acuerdos de cooperación del Estado español con otras

³ La redacción de esta disposición corresponde a la establecida por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

iglesias, confesiones y comunidades religiosas, serán consideradas entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley.

Disposición adicional décima. *Régimen tributario del Instituto de España y las Reales Academias integradas en el mismo, así como de las instituciones de las Comunidades Autónomas que tengan fines análogos a los de la Real Academia Española.*

Las exenciones establecidas en el artículo 15 de esta Ley serán de aplicación al Instituto de España y a las Reales Academias integradas en el mismo, así como a las instituciones de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia que tengan fines análogos a los de la Real Academia Española. Estas entidades serán consideradas entidades beneficiarias del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley.

Disposición adicional decimoprimer. *Obra social de las cajas de ahorro.*

Las entidades sin fines lucrativos podrán destinar el patrimonio resultante de su disolución a la obra social de las cajas de ahorro, siempre que así esté expresamente contemplado en el negocio fundacional o en los estatutos de la entidad disuelta, no siendo de aplicación en este supuesto el número 6.º del artículo 3.

Disposición adicional decimosegunda. *Federaciones deportivas, Comité Olímpico Español y Comité Paralímpico Español.*

1. Los ingresos de los espectáculos deportivos obtenidos por las entidades relacionadas en el párrafo e) del artículo 2 de esta Ley no se incluirán en el cómputo del 40 por 100 de los ingresos de explotaciones económicas no exentas a que se refiere el requisito del número 3.º de su artículo 3.

2. Están exentas del Impuesto sobre Sociedades las rentas obtenidas por las entidades relacionadas en el párrafo e) del artículo 2 de esta Ley que procedan de la celebración, retransmisión o difusión por cualquier medio de las competiciones amistosas u oficiales en las que participen las selecciones nacionales o autonómicas, siempre que la organización de dichas competiciones sea de su exclusiva competencia.

Disposición adicional decimotercera. *Régimen tributario de las entidades benéficas de construcción.*

Las entidades benéficas de construcción constituidas al amparo del artículo 5 de la Ley de 15 de julio de 1954 podrán optar por el régimen previsto en los artículos 5 a 15, ambos inclusive, de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la normativa propia reguladora de estas entidades, se encuentren debidamente inscritas en el registro correspondiente de la Administración central o autonómica, y cumplan el requisito establecido en el número 5.º del artículo 3 de esta Ley. No se aplicará a estas entidades lo previsto en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta Ley.

Disposición adicional decimocuarta. *Consultas vinculantes.*

Durante los primeros seis meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley podrán formularse a la Administración tributaria consultas sobre la aplicación de la Ley, cuya contestación tendrá carácter vinculante, en los términos siguientes:

Primero. Las consultas podrán plantearse exclusivamente por las federaciones y asociaciones de las entidades a que se refiere el párrafo f) del artículo 2 de esta Ley, por las Federaciones deportivas españolas y por las Conferencias, Comisiones y Secretarías que representen, respectivamente, a las entidades a que se refiere la disposición adicional novena de esta Ley, referidas a cuestiones que afecten a sus miembros o asociados.

Segundo. Las contestaciones de la Administración tributaria a las consultas que se formulen en los términos anteriores se comunicarán a la entidad consultante y se publicarán en el «Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda».

Tercero. La presentación, tramitación y contestación de estas consultas, así como los efectos de su contestación, se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto 404/1997, de 21 de marzo, por el que se establece el régimen aplicable a las consultas cuya contestación deba tener carácter vinculante para la Administración tributaria.

Disposición adicional decimoquinta. *Ciudades, conjuntos y bienes declarados Patrimonio Mundial por la Unesco situados en España.*

A los efectos de las deducciones previstas en las disposiciones adicionales primera y segunda de esta Ley, se relacionan en el anexo de la presente Ley las ciudades españolas y los conjuntos arquitectónicos, arqueológicos, naturales o paisajísticos y los bienes declarados Patrimonio Mundial por la Unesco situados en España.

Disposición adicional decimosexta. *Haciendas locales.*

A efectos de lo establecido en esta Ley, no será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 del artículo 9 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

Disposición adicional decimoséptima. *Remisiones normativas.*

Las remisiones normativas realizadas al Título II de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, se entenderán hechas a los preceptos de esta Ley.

Disposición adicional decimooctava. *Régimen tributario del Museo Nacional del Prado*⁴.

El Museo Nacional del Prado será considerado entidad beneficiaria del mecenazgo a los efectos previstos en los artículos 16 a 25, ambos inclusive, de esta ley.

⁴ Esta disposición fue añadida por Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado.

Disposición transitoria primera. *Régimen transitorio de las exenciones concedidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.*

Las exenciones concedidas a las entidades a las que se refiere el artículo 2 de esta Ley, al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, mantendrán su vigencia durante un período de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Disposición transitoria segunda. *Régimen transitorio de los administradores de sociedades mercantiles nombrados por entidades sin fines lucrativos.*

Las entidades sin fines lucrativos constituidas antes de la entrada en vigor de esta Ley que opten por aplicar el régimen fiscal especial previsto en su Título II dispondrán del plazo de un año desde dicha entrada en vigor para dar cumplimiento al requisito establecido en el último párrafo del número 5.º de su artículo 3, en relación con los administradores que estas entidades hayan nombrado en las sociedades mercantiles en que participen.

Disposición transitoria tercera. *Adaptación de los estatutos.*

Las entidades sin fines lucrativos constituidas antes de la entrada en vigor de esta Ley que opten por aplicar el régimen fiscal especial previsto en su Título II dispondrán de un plazo de dos años desde dicha entrada en vigor para adaptar sus estatutos a lo establecido en el número 6.º de su artículo 3.

Disposición derogatoria única

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, el Título II y las disposiciones adicionales cuarta a séptima, novena a duodécima y decimoquinta y decimosexta de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General.

Disposición final primera. *Habilitación a la Ley de Presupuestos Generales del Estado*⁵.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 134.7 de la Constitución Española, podrá:

- a) Modificar el tipo de gravamen de las entidades sin fines lucrativos.
- b) Modificar los porcentajes de deducción y los límites cuantitativos para su aplicación previstos en esta Ley.

⁵ La redacción de esta disposición corresponde a la establecida por Ley 4/2004, de 29 de diciembre, de modificación de tasas y de beneficios fiscales de acontecimientos de excepcional interés público.

c) Determinar los acontecimientos de excepcional interés público y regular los extremos a que se refiere el apartado 2 del artículo 27 de esta Ley.

Disposición final segunda. *Habilitación normativa.*

Se autoriza al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*

Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Las disposiciones relativas al Impuesto sobre Sociedades, al Impuesto sobre Bienes Inmuebles y al Impuesto sobre Actividades Económicas surtirán efectos sólo para los períodos impositivos que se inicien a partir de la entrada en vigor de la Ley.

ANEXO

Ciudades y conjuntos arquitectónicos, arqueológicos, naturales o paisajísticos y bienes declarados Patrimonio Mundial por la Unesco situados en España

Parque y Palacio Güell y Casa Milà, Barcelona.
Monasterio y Sitio de El Escorial, Madrid.
Catedral de Burgos.
Alhambra, Generalife y Albaicín, Granada.
Centro histórico de Córdoba.
Monumentos de Oviedo y del reino de Asturias.
Cuevas de Altamira.
Ciudad vieja de Segovia y su Acueducto.
Ciudad vieja de Santiago de Compostela.
Ciudad vieja de Ávila e iglesias extramuros.
Arquitectura mudéjar de Aragón.
Parque nacional de Garajonay.
Ciudad vieja de Cáceres.
Ciudad histórica de Toledo.
Catedral, Alcázar y Archivo de Indias, Sevilla.
Ciudad vieja de Salamanca.
Monasterio de Poblet.

Conjunto arqueológico de Mérida.
El Monasterio Real de Santa María de Guadalupe.
El Camino de Santiago de Compostela.
Parque Nacional de Doñana.
Ciudad histórica fortificada de Cuenca.
La Lonja de la Seda de Valencia.
Palau de la música catalana y Hospital de San Pau, Barcelona.
Las Médulas.
Monasterios de San Millán de Yuso y de Suso.
Arte rupestre del Arco Mediterráneo de la Península Ibérica.
Universidad y recinto histórico de Alcalá de Henares.
Ibiza, biodiversidad y cultura.
San Cristóbal de La Laguna.
Sitio arqueológico de Atapuerca.
Palmeral de Elche.
Iglesias románicas catalanas del valle del Boí.
Muralla romana de Lugo.
Conjunto arqueológico de Tarragona.
Paisaje cultural de Aranjuez.

**REAL DECRETO 1270/2003, DE 10 DE OCTUBRE,
POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO
PARA LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL
DE LAS ENTIDADES SIN FINES LUCRATIVOS
Y DE LOS INCENTIVOS FISCALES AL MECENAZGO**

(BOE de 23 de octubre de 2003)

La Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, ha establecido el nuevo régimen fiscal para las entidades sin fines lucrativos que flexibiliza los requisitos para acogerse a los incentivos fiscales que establece y dota de seguridad jurídica suficiente a tales entidades en el desarrollo de las actividades que realizan en cumplimiento de los fines de interés general que persiguen.

La ley establece también el conjunto de incentivos que son aplicables a la actividad de mecenazgo realizada por particulares y empresas.

El desarrollo reglamentario llevado a cabo por este real decreto permitirá la aplicación de esos incentivos con la prontitud requerida por la propia ley, que ha previsto el ejercicio de una opción para acogerse al nuevo régimen fiscal especial por parte de las entidades.

Este real decreto se estructura en un artículo, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El artículo único aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

El reglamento consta de tres capítulos, con doce artículos, así como de una disposición adicional y una disposición transitoria.

El primero de los capítulos se dedica a la regulación del procedimiento previsto para la aplicación del régimen fiscal especial por las entidades sin fines lucrativos que cumplan los requisitos previstos en la ley, de los requisitos de la memoria económica que han de elaborar dichas entidades y de la acreditación a efectos de la exclusión de la obligación de retener o ingresar a cuenta sobre las rentas que están exentas de tributación.

El segundo capítulo regula el procedimiento para la justificación de los donativos, donaciones y aportaciones deducibles por los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en particular, la declaración informativa que han de presentar las entidades sin fines lucrativos beneficiarias de los incentivos regulados en el título III de la Ley 49/2002 sobre las certificaciones emitidas de los donativos y aportaciones percibidos.

Y, finalmente, el tercer capítulo se refiere al procedimiento para la aplicación y reconocimiento de los beneficios fiscales previstos en los programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público.

Por su parte, la disposición adicional única introduce las precisiones necesarias para la adecuación del régimen fiscal especial a las entidades religiosas de acuerdo con lo establecido en los acuerdos internacionales y de cooperación correspondientes, así como en su normativa de desarrollo, y la disposición transitoria establece un plazo especial para que puedan ejercer la opción por el régimen especial aquellas entidades cuyo período impositivo iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 49/2002 haya finalizado antes de entrar en vigor el reglamento.

Por último, la disposición derogatoria única y las disposiciones finales de este real decreto regulan lo siguiente:

La disposición derogatoria única contiene la referencia a la derogación de todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en este real decreto y, en particular, del Real Decreto 765/1995 que desarrollaba la derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

La disposición final primera modifica los artículos 89, 90 y 95 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, para regular la forma de acreditación de las condiciones que dan lugar a la exención en dicho impuesto, así como el derecho a la devolución en determinados supuestos. Y la disposición final segunda modifica el artículo 66 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, con el objeto de delimitar con claridad el ámbito de aplicación de la declaración informativa que deben presentar las entidades que perciban donativos regulados en el artículo 55.3.b) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, y unificar su plazo de presentación con el establecido, con carácter general, para las declaraciones informativas anuales.

La disposición final tercera introduce dos modificaciones en el artículo 57 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 537/1997 de 14 de abril. En primer lugar, se modifica el párrafo i).3.º, con objeto de armonizar plenamente la regulación en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en materia de retenciones e ingresos a cuenta respecto de los rendimientos procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de inmuebles urbanos. En segundo lugar, se añade un párrafo w), con la finalidad de que las rentas exentas recibidas por el Consorcio de Compensación de Seguros en el ejercicio de las funciones que anteriormente correspondían a la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras y que han sido asumidas por aquél en virtud de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, no estén sometidas a retención.

Por último, en la disposición final cuarta se dispone la entrada en vigor de este real decreto el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

En su virtud, a propuesta del Ministro de Hacienda, con la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 10 de octubre de 2003, dispongo:

Artículo único. *Aprobación del Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.*

Se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que se inserta a continuación.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en este real decreto y, en particular, el Real Decreto 765/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan determinadas cuestiones del régimen de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

Disposición final primera. *Modificación del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo.*

El Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el artículo 89, que quedará redactado de la siguiente forma:

«Artículo 89. *Acreditación del derecho a la exención.*

1. Para la acreditación del derecho a la exención de las entidades del artículo 45.I.A).b) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, deberá acompañarse a la autoliquidación del impuesto copia del certificado vigente en el momento de la realización del hecho imponible regulado en el artículo 4 del Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por el Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre.

2. La Administración tributaria competente y las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario podrán, mediante comprobación o inspección, solicitar la documentación que justifique el derecho a la exención».

Dos. Se modifica el artículo 90, que quedará redactado de la siguiente forma:

«Artículo 90. *Acreditación del derecho a la exención de las entidades religiosas.*

1. Para la acreditación del derecho a la exención de las entidades religiosas, deberá acompañarse a la autoliquidación del impuesto copia del certificado regulado

en el apartado 1 de la disposición adicional única del Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por el Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, cuando se trate de entidades incluidas en el apartado 1 de la disposición adicional novena de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, o copia del certificado vigente en el momento de la realización del hecho imponible regulado en el artículo 4 del citado reglamento, cuando se trate de entidades previstas en la disposición adicional octava y en el apartado 2 de la disposición adicional novena de dicha ley.

2. La Administración tributaria competente y las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario podrán, mediante comprobación o inspección, solicitar la documentación que justifique el derecho a la exención».

Tres. Se añade un apartado 8 al artículo 95, que quedará redactado de la siguiente forma:

«8. Los sujetos pasivos a que se refieren los párrafos b) y d) del artículo 45.I.A) del texto refundido de la Ley del Impuesto que, teniendo derecho a la aplicación del régimen fiscal especial en relación con este impuesto, hubieran satisfecho las deudas correspondientes a éste, tendrán derecho a la devolución de las cantidades ingresadas».

Disposición final segunda. *Modificación del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero.*

El apartado 2 del artículo 66 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, queda redactado de la siguiente manera:

«2. Las entidades beneficiarias de donativos a las que se refiere el artículo 55.3.b) de la Ley del Impuesto deberán remitir una declaración informativa sobre los donativos recibidos durante cada año natural, en la que, además de sus datos de identificación, harán constar la siguiente información referida a los donantes:

- a) Nombre y apellidos.
- b) Número de identificación fiscal.
- c) Importe del donativo.
- d) Indicación de si el donativo da derecho a la aplicación de alguna de las deducciones aprobadas por las comunidades autónomas.

La presentación de esta declaración informativa se realizará en el mes de enero de cada año, en relación con los donativos percibidos en el año inmediato anterior.

Esta declaración informativa se efectuará en la forma y lugar que determine el Ministro de Hacienda, quien podrá establecer los supuestos en que deberá presentarse en soporte directamente legible por ordenador o por medios telemáticos».

Disposición final tercera. *Modificación del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 537/1997, de 14 de abril.*

El Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el ordinal 3.º del párrafo i) del artículo 57, relativo a uno de los supuestos excepcionados de la obligación de retener o ingresar a cuenta respecto de los rendimientos procedentes del arrendamiento o subarrendamiento de bienes inmuebles urbanos, que quedará redactado de la siguiente forma:

«3.º Cuando la actividad del arrendador esté clasificada en alguno de los epígrafes del grupo 861 de la sección primera de las tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, o en algún otro epígrafe que faculte para la actividad de arrendamiento o subarrendamiento de bienes inmuebles urbanos, y aplicando al valor catastral de los inmuebles destinados al arrendamiento o subarrendamiento las reglas para determinar la cuota establecida en los epígrafes del citado grupo 861, no hubiese resultado cuota cero.

A estos efectos, el arrendador deberá acreditar frente al arrendatario el cumplimiento del citado requisito, en los términos que establezca el Ministro de Hacienda».

Dos. Con efectos a partir del 24 de noviembre de 2002, se añade un párrafo w) al artículo 57, en el que se establecen excepciones a la obligación de retener y de ingresar a cuenta, que quedará redactada de la siguiente forma:

«w) Las rentas derivadas del ejercicio de las funciones de liquidación de entidades aseguradoras y de los procesos concursales a que estas se encuentren sometidas obtenidas por el Consorcio de Compensación de Seguros, en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del apartado 1 del artículo 24 de su estatuto legal, contenido en el artículo cuarto de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y de actualización de la legislación de seguros privados».

Disposición final cuarta. *Entrada en vigor.*

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN FISCAL
DE LAS ENTIDADES SIN FINES LUCRATIVOS
Y DE LOS INCENTIVOS FISCALES AL MECENAZGO**

CAPÍTULO I

**Procedimiento para la aplicación del régimen fiscal especial
de las entidades sin fines lucrativos, memoria económica y acreditación
del derecho a la exclusión de la obligación de retener e ingresar
a cuenta**

Artículo 1. *Opción por la aplicación del régimen fiscal especial de las entidades sin fines lucrativos.*

1. Para la aplicación del régimen fiscal especial previsto en el título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, la entidad deberá comunicar a la Administración tributaria su opción por dicho régimen a través de la correspondiente declaración censal.

2. El régimen fiscal especial se aplicará al período impositivo que finalice con posterioridad a la fecha de presentación de la declaración censal en que se contenga la opción y a los sucesivos, en tanto que la entidad no renuncie al régimen.

La renuncia producirá efectos a partir del período impositivo que se inicie con posterioridad a su presentación, que deberá efectuarse con al menos un mes de antelación al inicio de aquél mediante la correspondiente declaración censal.

3. En relación con los impuestos que no tienen período impositivo, el régimen fiscal especial se aplicará a los hechos imponibles producidos durante los períodos impositivos a que se refiere el primer párrafo del apartado anterior y la renuncia surtirá efectos respecto a los hechos imponibles producidos a partir del inicio del período impositivo a que se refiere el segundo párrafo del citado apartado.

4. La aplicación del régimen especial quedará condicionada, para cada período impositivo, al cumplimiento, durante cada uno de ellos, de las condiciones y requisitos previstos en el artículo 3 de la Ley 49/2002.

Artículo 2. *Aplicación del régimen fiscal especial a efectos de los tributos locales.*

1. A efectos de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 15 de la Ley 49/2002, las entidades sin fines lucrativos deberán comunicar el ejercicio de la opción regulada en el artículo 1 de este reglamento.

2. En relación con la exención en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, la comunicación a que se refiere el apartado 1 deberá dirigirse al ayuntamiento competente por razón de la localización del bien inmueble de que se trate.

3. En relación con la exención en el Impuesto sobre Actividades Económicas, la comunicación a que se refiere el apartado 1 se entenderá realizada con la presentación de la declaración censal a que se refiere el artículo 1 de este reglamento.

4. En el supuesto de que las entidades sin fines lucrativos renuncien a la aplicación del régimen fiscal especial, deberán comunicar tal circunstancia a la entidad competente a que se refiere el apartado 2.

En el caso del Impuesto sobre Actividades Económicas, la comunicación de la renuncia se entenderá realizada con la presentación de la declaración censal a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1.2 de este reglamento.

5. Los sujetos pasivos que, teniendo derecho a la aplicación del régimen fiscal especial en relación con los tributos locales, hubieran satisfecho las deudas correspondientes a éstos tendrán derecho a la devolución de las cantidades ingresadas.

Artículo 3. *Memoria económica.*

1. La memoria económica que, en cumplimiento de lo establecido en la Ley 49/2002, deban elaborar las entidades sin fines lucrativos, contendrá la siguiente información:

a) Identificación de las rentas exentas y no exentas del Impuesto sobre Sociedades señalando el correspondiente número y letra de los artículos 6 y 7 de la Ley 49/2002 que ampare la exención con indicación de los ingresos y gastos de cada una de ellas. También deberán indicarse los cálculos y criterios utilizados para determinar la distribución de los gastos entre las distintas rentas obtenidas por la entidad.

b) Identificación de los ingresos, gastos e inversiones correspondientes a cada proyecto o actividad realizado por la entidad para el cumplimiento de sus fines estatutarios o de su objeto. Los gastos de cada proyecto se clasificarán por categorías, tales como gastos de personal, gastos por servicios exteriores o compras de material.

c) Especificación y forma de cálculo de las rentas e ingresos a que se refiere el artículo 3.2.º de la Ley 49/2002, así como descripción del destino o de la aplicación dado a las mismas.

d) Retribuciones, dinerarias o en especie, satisfechas por la entidad a sus patronos, representantes o miembros del órgano de gobierno, tanto en concepto de reembolso por los gastos que les haya ocasionado el desempeño de su función, como en concepto de remuneración por los servicios prestados a la entidad distintos de los propios de sus funciones.

e) Porcentaje de participación que posea la entidad en sociedades mercantiles, incluyendo la identificación de la entidad, su denominación social y su número de identificación fiscal.

f) Retribuciones percibidas por los administradores que representen a la entidad en las sociedades mercantiles en que participe, con indicación de las cantidades que hayan sido objeto de reintegro.

g) Convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general suscritos por la entidad, identificando al colaborador que participe en ellos con indicación de las cantidades recibidas.

h) Indicación de las actividades prioritarias de mecenazgo que, en su caso, desarrolle la entidad.

i) Indicación de la previsión estatutaria relativa al destino del patrimonio de la entidad en caso de disolución y, en el caso de que la disolución haya tenido lugar en el ejercicio, del destino dado a dicho patrimonio.

2. La memoria económica deberá presentarse ante la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del domicilio fiscal de la entidad o en la Dependencia Regional de Inspección u Oficina Nacional de Inspección, si estuvieran adscritas a éstas, dentro del plazo de siete meses desde la fecha de cierre del ejercicio.

No obstante, las entidades cuyo volumen total de ingresos del período impositivo no supere los 20.000 euros y no participen en sociedades mercantiles no vendrán obligadas a la presentación de la memoria económica, sin perjuicio de la obligación de estas entidades de elaborar dicha memoria económica.

3. Las entidades que, en virtud de su normativa contable, estén obligadas a la elaboración anual de la memoria podrán cumplir lo dispuesto en este artículo mediante la inclusión en dicha memoria de la información a que se refiere el apartado 1.

En estos casos, a los únicos efectos del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 49/2002 en relación con la memoria económica, el lugar y plazo de presentación, así como los supuestos de exclusión de la obligación de su presentación ante la Administración tributaria, serán los establecidos en el apartado 2.

Artículo 4. *Acreditación a efectos de la exclusión de la obligación de retener o ingresar a cuenta respecto de las rentas exentas percibidas por las entidades sin fines lucrativos.*

La acreditación de las entidades sin fines de lucro a efectos de la exclusión de la obligación de retener o ingresar a cuenta a que se refiere el artículo 12 de la Ley 49/2002 se efectuará mediante certificado expedido por el órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en el que conste que la entidad ha comunicado a la Administración tributaria la opción por la aplicación del régimen fiscal especial regulado en el título II de la mencionada ley y que no ha renunciado a éste.

Este certificado hará constar su período de vigencia, que se extenderá desde la fecha de su emisión hasta la finalización del período impositivo en curso del solicitante.

Artículo 5. *Retribuciones de los administradores nombrados en representación de las entidades sin fines lucrativos.*

A efectos de la exclusión de la obligación de retener a que se refiere el último párrafo del artículo 3.5.º de la Ley 49/2002, corresponderá al pagador acreditar que

las retribuciones de los administradores han sido percibidas por la entidad sin fines lucrativos a la que éstos representen.

CAPÍTULO II

Procedimiento para la aplicación de los incentivos fiscales al mecenazgo

Artículo 6. *Certificación y declaración informativa de los donativos, donaciones y aportaciones recibidas.*

1. La certificación a la que se hace referencia en el artículo 24 de la Ley 49/2002 deberá contener la siguiente información:

- a) El número de identificación fiscal y los datos de identificación personal del donante y de la entidad donataria.
- b) Mención expresa de que la entidad donataria se encuentra incluida entre las entidades beneficiarias de mecenazgo de acuerdo con lo establecido en la Ley 49/2002.
- c) Fecha e importe del donativo cuando éste sea dinerario.
- d) Documento público u otro documento auténtico que acredite la entrega del bien donado cuando no se trate de donativos en dinero.
- e) Destino que la entidad donataria dará al objeto donado en el cumplimiento de su finalidad específica.
- f) Mención expresa del carácter irrevocable de la donación, sin perjuicio de lo establecido en las normas imperativas civiles que regulan la revocación de donaciones.

2. A efectos de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la Ley 49/2002, la entidad beneficiaria deberá remitir a la Administración tributaria una declaración informativa sobre las certificaciones emitidas de los donativos, donaciones y aportaciones deducibles percibidos durante cada año natural, en la que, además de sus datos de identificación, deberá constar la siguiente información referida a los donantes y aportantes:

- a) Nombre y apellidos, razón o denominación social.
- b) Número de identificación fiscal.
- c) Importe del donativo o aportación. En caso de que estos sean en especie, valoración de lo donado o aportado.
- d) Referencia a si el donativo o la aportación se perciben para las actividades prioritarias de mecenazgo que se señalen por Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- e) Información sobre las revocaciones de donativos y aportaciones que, en su caso, se hayan producido en el año natural.
- f) Indicación de si el donativo o aportación da derecho a la aplicación de alguna de las deducciones aprobadas por las comunidades autónomas.

La presentación de esta declaración informativa se realizará en el mes de enero de cada año, en relación con los donativos percibidos en el año inmediato anterior.

Esta declaración informativa se efectuará en la forma y lugar que determine el Ministro de Hacienda, quien podrá establecer los supuestos en que deberá presentarse en soporte directamente legible por ordenador o por medios telemáticos.

CAPÍTULO III

Procedimiento para la aplicación de los beneficios fiscales previstos en los programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público

Artículo 7. *Contenido y ámbito de aplicación.*

1. La aplicación de los beneficios fiscales, a efectos de lo previsto en el artículo 27 de la Ley 49/2002, estará sujeta, en todo caso, a la ley específica por la que se apruebe el programa de apoyo al acontecimiento de excepcional interés público correspondiente.

2. La aplicación de los beneficios fiscales requerirá el reconocimiento previo de la Administración tributaria conforme al procedimiento regulado en este capítulo.

3. La Administración tributaria podrá comprobar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la aplicación de los beneficios fiscales a que se refiere este capítulo y practicar, en su caso, la regularización que resulte procedente.

Artículo 8. *Requisitos de los gastos, actividades u operaciones con derecho a deducción o bonificación*¹.

1. A efectos de la aplicación de los incentivos fiscales previstos en el apartado primero del artículo 27.3 de la Ley 49/2002, se considerará que los gastos de propaganda y publicidad de proyección plurianual cumplen los requisitos señalados en dicho apartado cuando obtengan la certificación acreditativa a que se refiere el artículo 10 de este Reglamento y reúnan las siguientes condiciones:

a) Que consistan en:

1.º La producción y edición de material gráfico o audiovisual de promoción o información, consistente en folletos, carteles, guías, vídeos, soportes audiovisuales u otros objetos, siempre que sean de distribución gratuita y sirvan de soporte publicitario del acontecimiento.

¹ La redacción de este artículo corresponde a la establecida por Real Decreto 1804/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, se modifica el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por el Real Decreto 1270/2003, y se modifican y aprueban otras normas tributarias.

2.º La instalación o montaje de pabellones específicos, en ferias nacionales e internacionales, en los que se promueve turísticamente el acontecimiento.

3.º La realización de campañas de publicidad del acontecimiento, tanto de carácter nacional como internacional.

4.º La cesión por los medios de comunicación de espacios gratuitos para la inserción por el consorcio o por el órgano administrativo correspondiente de anuncios dedicados a la promoción del acontecimiento.

b) Que sirvan directamente para la promoción del acontecimiento porque su contenido favorezca la divulgación de su celebración.

La base de la deducción será el importe total del gasto realizado cuando el contenido del soporte publicitario se refiera de modo esencial a la divulgación de la celebración del acontecimiento. En caso contrario, la base de la deducción será el 25 por ciento del gasto realizado.

2. A efectos de la bonificación en el Impuesto sobre Actividades Económicas prevista en el apartado cuarto del artículo 27.3 de la Ley 49/2002, se entenderá que las actividades de carácter artístico, cultural, científico o deportivo que pueden ser objeto de la bonificación son las comprendidas dentro de la programación oficial del acontecimiento que determinen la necesidad de causar alta y tributar por el epígrafe o grupo correspondiente de las tarifas del impuesto, de modo adicional y con independencia de la tributación por el Impuesto sobre Actividades Económicas que correspondiera hasta ese momento a la persona o entidad solicitante del beneficio fiscal.

3. A efectos de la bonificación en los impuestos y tasas locales prevista en el apartado quinto del artículo 27.3 de la Ley 49/2002, se entenderá que la operación respecto a la que se solicita el beneficio fiscal está relacionada exclusivamente con el desarrollo del respectivo programa cuando se refiera únicamente a actos de promoción y desarrollo de la programación oficial del acontecimiento.

Entre los tributos a que se refiere el mencionado apartado no se entenderán comprendidos el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica y otros que no recaigan sobre las operaciones realizadas.

Artículo 9. *Procedimiento para el reconocimiento de los beneficios fiscales por la Administración tributaria*².

1. El reconocimiento previo del derecho de los sujetos pasivos a la aplicación de las deducciones previstas en el Impuesto sobre Sociedades, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes se

² La redacción de este artículo corresponde a la establecida por Real Decreto 1804/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, se modifica el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por el Real Decreto 1270/2003, y se modifican y aprueban otras normas tributarias.

efectuará por el órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, previa solicitud del interesado.

La solicitud habrá de presentarse al menos 45 días naturales antes del inicio del plazo reglamentario de declaración-liquidación correspondiente al período impositivo en que haya de surtir efectos el beneficio fiscal cuyo reconocimiento se solicita. A dicha solicitud deberá adjuntarse la certificación expedida por el consorcio o por el órgano administrativo correspondiente que acredite que los gastos con derecho a deducción a los que la solicitud se refiere se han realizado en cumplimiento de sus planes y programas de actividades.

El plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa del órgano competente en este procedimiento será de 30 días naturales desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro de dicho órgano competente. El cómputo de dicho plazo se suspenderá cuando se requiera al interesado que complete la documentación presentada, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y la presentación de la documentación requerida.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior sin que el interesado haya recibido notificación administrativa acerca de su solicitud, se entenderá otorgado el reconocimiento.

2. El reconocimiento previo del derecho de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Actividades Económicas a la bonificación prevista en dicho impuesto se efectuará, previa solicitud del interesado, por el ayuntamiento del municipio que corresponda o, en su caso, por la entidad que tenga asumida la gestión tributaria del impuesto, a través del procedimiento previsto en el artículo 9 del Real Decreto 243/1995, de 17 de febrero, por el que se dictan normas para la gestión del Impuesto sobre Actividades Económicas y se regula la delegación de competencias en materia de gestión censal de dicho impuesto.

A la solicitud de dicho reconocimiento previo deberá adjuntarse certificación expedida por el consorcio o por el órgano administrativo correspondiente que acredite que las actividades de carácter artístico, cultural, científico o deportivo que hayan de tener lugar durante la celebración del respectivo acontecimiento se enmarcan en sus planes y programas de actividades.

3. Para la aplicación de las bonificaciones previstas en otros impuestos y tasas locales, los sujetos pasivos deberán presentar una solicitud ante la entidad que tenga asumida la gestión de los respectivos tributos, a la que unirán la certificación acreditativa del cumplimiento del requisito exigido en el apartado 3 del artículo 8 de este reglamento, expedida por el consorcio o por el órgano administrativo correspondiente.

4. El plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa del órgano competente en los procedimientos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo será de dos meses desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para resolver. El cómputo de dicho plazo se suspenderá cuando se requiera al interesado que complete la documentación presentada, por el

tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y la presentación de la documentación requerida.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior sin que el interesado haya recibido notificación administrativa acerca de su solicitud, se entenderá otorgado el reconocimiento previo.

5. El órgano que, según lo establecido en los apartados anteriores, sea competente para el reconocimiento del beneficio fiscal podrá requerir al consorcio u órgano administrativo correspondiente, o al solicitante, la aportación de la documentación a que se refiere el apartado 1 del artículo 10 de este reglamento, con el fin de comprobar la concurrencia de los requisitos exigidos para la aplicación del beneficio fiscal cuyo reconocimiento se solicita.

Artículo 10. *Certificaciones del consorcio o del órgano administrativo correspondiente*³.

1. Para la obtención de las certificaciones a que se refiere este capítulo, los interesados deberán presentar una solicitud ante el consorcio o el órgano administrativo correspondiente, a la que adjuntarán la documentación relativa a las características y finalidad del gasto realizado o de la actividad que se proyecta, así como el presupuesto, forma y plazos para su realización.

El plazo para la presentación de las solicitudes de expedición de certificaciones terminará 15 días después de la finalización del acontecimiento respectivo.

2. El consorcio o el órgano administrativo correspondiente emitirá, si procede, las certificaciones solicitadas según lo establecido en el apartado anterior, en las que se hará constar, al menos, lo siguiente:

- a) Nombre y apellidos, o denominación social, y número de identificación fiscal del solicitante.
- b) Domicilio fiscal.
- c) Descripción de la actividad o gasto, e importe total del mismo.
- d) Confirmación de que la actividad se enmarca o el gasto se ha realizado en cumplimiento de los planes y programas de actividades del consorcio o del órgano administrativo correspondiente para la celebración del acontecimiento respectivo.
- e) En el caso de gastos de propaganda y publicidad, calificación de esencial o no del contenido del soporte a efectos del cálculo de la base de deducción.
- f) Mención del precepto legal en el que se establecen los incentivos fiscales para los gastos o actividades a que se refiere la certificación.

³ La redacción de este artículo corresponde a la establecida por Real Decreto 1804/2008, de 3 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, se modifica el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por el Real Decreto 1270/2003, y se modifican y aprueban otras normas tributarias.

3. El plazo máximo en que deben notificarse las certificaciones a que se refiere este artículo será de dos meses desde la fecha en que la correspondiente solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para resolver.

Si en dicho plazo no se hubiera recibido requerimiento o notificación administrativa sobre la solicitud, se entenderá cumplido el requisito a que se refiere este artículo, pudiendo el interesado solicitar a la Administración tributaria el reconocimiento del beneficio fiscal, según lo dispuesto en el artículo anterior, aportando copia sellada de la solicitud.

Artículo 11. *Remisión de las certificaciones expedidas por el consorcio o el órgano administrativo.*

El consorcio o el órgano administrativo correspondiente remitirá al Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en los meses de enero, abril, julio y octubre, copia de las certificaciones emitidas en el trimestre anterior conforme a lo previsto en este reglamento, para su ulterior remisión a los correspondientes órganos de gestión.

Si el consorcio o el órgano administrativo correspondiente no hubiera emitido la certificación solicitada según lo establecido en el artículo anterior, deberá remitir copia de la solicitud presentada por el interesado.

Artículo 12. *Aplicación del régimen de mecenazgo prioritario.*

1. A efectos de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 27.3 de la Ley 49/2002, las entidades o instituciones beneficiarias del mecenazgo prioritario deberán obtener la correspondiente certificación del consorcio u órgano administrativo correspondiente según lo dispuesto en el artículo 10 de este reglamento, en la que se certifique que la actividad realizada se enmarca dentro de los planes y programas aprobados por dicho consorcio u órgano administrativo correspondiente.

2. Las entidades e instituciones a las que se refiere el apartado anterior expedirán, en favor de los aportantes, las certificaciones justificativas previstas en el artículo 24 de la Ley 49/2002 y remitirán al consorcio u órgano administrativo correspondiente, dentro de los dos meses siguientes a la finalización de cada ejercicio, una relación de las actividades financiadas con cargo a dichas aportaciones, así como copia de las certificaciones expedidas.

3. El consorcio u órgano administrativo correspondiente remitirá copia de las certificaciones recibidas, dentro de los dos meses siguientes a su recepción, al Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Disposición adicional única. *La Iglesia Católica y otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas: aplicación del régimen fiscal especial y acreditación a efectos de la exclusión de la obligación de retener o ingresar a cuenta.*

1. Las entidades a las que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional novena de la Ley 49/2002 que decidan aplicar el régimen fiscal especial previsto en

los artículos 5 a 15 de dicha ley no tendrán que efectuar las comunicaciones reguladas en los artículos 1 y 2 de este reglamento. Dicho régimen fiscal se aplicará directamente por el sujeto pasivo cuando se trate de tributos objeto de declaración o autoliquidación, y por la Administración tributaria en los demás casos.

La acreditación de estas entidades a efectos de la exclusión de la obligación de retener o ingresar a cuenta a que se refiere el artículo 12 de la Ley 49/2002 se efectuará mediante certificado expedido, a petición de la entidad interesada y con vigencia indefinida, por el órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en el que se acredite que la entidad está incluida en el apartado 1 de la citada disposición adicional. En la solicitud deberá acreditarse la personalidad y naturaleza de la entidad mediante la certificación de su inscripción emitida por el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.

2. A las entidades a las que se refieren la disposición adicional octava y el apartado 2 de la disposición adicional novena de la Ley 49/2002 les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 4 de este reglamento a efectos del ejercicio de la opción por el régimen fiscal especial y de la acreditación del derecho a la exclusión de la obligación de retener o ingresar a cuenta.

Disposición transitoria única. *Opción por el régimen fiscal especial para determinados períodos impositivos.*

El régimen fiscal especial establecido en la Ley 49/2002 será aplicable a los períodos impositivos iniciados a partir del 25 de diciembre de 2002 que hayan finalizado antes de la entrada en vigor de este reglamento, siempre que las entidades sin fines lucrativos se acojan a dicho régimen, de acuerdo con lo establecido en su artículo 1, dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor de este reglamento.

**REAL DECRETO 1337/2005, DE 11 DE NOVIEMBRE,
POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO
DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL**

(BOE de 22 de noviembre de 2005)

La Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, ha supuesto la revisión del marco legal existente en nuestro país en la materia hasta ese momento, constituido por la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.

Una de las principales características de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, es que en ella se aborda la regulación sustantiva y procedimental de las fundaciones, pero no su régimen tributario, el cual se encuentra regulado por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que ha sido desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre.

Por otra parte, y aun cuando la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, ha introducido importantes modificaciones sobre diversos aspectos de la vida fundacional, también es cierto que ha conservado un importante número de preceptos de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre.

Resulta ahora necesario abordar el desarrollo reglamentario de la indicada ley, para facilitar su aplicación en aras de una mayor garantía de la eficacia en la gestión de las fundaciones, y a salvo, por razones de especialidad de la materia, de cuanto se refiere al registro de fundaciones de competencia estatal, que será objeto de una regulación específica.

En este sentido, el reglamento que se aprueba mediante este real decreto, dictado de conformidad con la habilitación contenida en la disposición final cuarta de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, regula aquellas cuestiones orientadas a facilitar la actividad y el adecuado funcionamiento de dichas entidades y recoge determinadas disposiciones relativas a los diferentes aspectos del fenómeno fundacional.

Su capítulo I recoge las disposiciones de alcance más general, relativas al ámbito de aplicación de la norma, la denominación de las fundaciones y las delegaciones en España de fundaciones extranjeras.

Los capítulos II y III regulan la constitución y el gobierno de la fundación: adecuación y suficiencia de la dotación, acreditación y valoración de las aportaciones y organización y régimen de actuación del patronato, así como de otros posibles órganos de gobierno.

En el capítulo IV se han unificado las normas procedimentales relativas a los actos de disposición y gravamen del patrimonio fundacional, a diferencia del reglamento que ahora se deroga, en el que esta materia se regulaba de manera dispersa.

En el capítulo V se desarrollan las previsiones legales relativas a las distintas actividades que pueden llevar a cabo las fundaciones, así como las relacionadas con su gestión económica. También se prevén, de acuerdo con la ley, diversas obligaciones de la fundación en materia de contabilidad y rendición de cuentas, sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad para las entidades sin fines lucrativos. Por último, en dicho capítulo se regula el destino que las fundaciones han de dar a sus diversas rentas e ingresos, y se desarrollan las limitaciones cuantitativas que la ley prevé para ciertos tipos de gastos.

Tras la regulación de la intervención temporal, recogida en el capítulo VI, el capítulo VII regula los procedimientos para la modificación de estatutos, la fusión y la extinción de las fundaciones, así como las normas aplicables a la liquidación del patrimonio de la fundación extinguida.

El reglamento que se aprueba mediante este real decreto prevé, en sus dos últimos capítulos, la actuación de la Administración en relación con las fundaciones, sistematiza las diversas funciones que la ley atribuye a los protectorados, que habrán de mantener con las asociaciones de fundaciones las debidas relaciones de colaboración, y establece la estructura, composición y funciones del Consejo Superior de Fundaciones.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de la Presidencia, de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Justicia, de Economía y Hacienda, de Educación y Ciencia, de Trabajo y Asuntos Sociales, de Industria, Turismo y Comercio, de Administraciones Públicas, de Cultura y de Medio Ambiente, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 11 de noviembre de 2005, dispongo:

Artículo único. *Aprobación del Reglamento.*

Se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, cuyo texto se inserta a continuación.

Disposición adicional primera. *Registro de fundaciones de competencia estatal.*

El Registro de fundaciones de competencia estatal se regirá por su normativa específica.

Disposición adicional segunda. *Normas contables.*

Las modificaciones que, como consecuencia de lo dispuesto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sea preciso realizar en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad para las entidades sin fines lucrativos serán objeto de desarrollo reglamentario específico.

Disposición adicional tercera. *Normas de elaboración del plan de actuación.*

Las normas de elaboración del plan de actuación de las fundaciones serán objeto de desarrollo reglamentario específico.

Disposición transitoria única. *Registros de fundaciones.*

Hasta tanto se apruebe la normativa reguladora del Registro de fundaciones de competencia estatal, los registros de fundaciones actualmente existentes se registrarán por el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal, aprobado por el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo.

Hasta tanto entre en funcionamiento el Registro único de fundaciones de competencia estatal, las funciones a que se refiere el reglamento que se aprueba mediante este real decreto, incluida la información al Consejo Superior de Fundaciones prevista en su artículo 50.2, serán ejercidas por los registros de fundaciones actualmente existentes.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

1. Quedan derogados:

a) El Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal.

b) El Decreto 2930/1972, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de las fundaciones culturales privadas y entidades análogas y de los servicios administrativos encargados del protectorado sobre éstas.

c) El Decreto 446/1961, de 16 de marzo, por el que se crean las fundaciones laborales, así como la Orden del Ministerio de Trabajo, de 25 de enero de 1962, por la que se dictan normas de aplicación del anterior.

2. Quedan, asimismo, derogadas cualesquiera otras disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en este real decreto y en el reglamento que se aprueba.

Disposición final primera. *Desarrollo normativo.*

Se autoriza a los titulares de los departamentos ministeriales para que adopten, en el marco de sus competencias, las disposiciones que resulten precisas para el desarrollo y la aplicación de lo establecido en el reglamento que se aprueba.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

REGLAMENTO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL**CAPÍTULO I****Disposiciones generales****Artículo 1.** *Objeto del reglamento.*

Este reglamento tiene por objeto desarrollar las previsiones contenidas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, en relación con determinados aspectos del régimen de las fundaciones de competencia estatal y regula la organización y funciones del protectorado de fundaciones de competencia estatal y del Consejo Superior de Fundaciones.

Artículo 2. *Ámbito de aplicación.*

1. Este reglamento se aplica:

a) A las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado, o principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma, sin perjuicio de su posible actuación en el extranjero.

b) A las delegaciones de las fundaciones extranjeras que actúen principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma, respecto de los bienes situados en España y de todas las actividades que realicen en territorio nacional.

c) A las fundaciones del sector público estatal, con las especialidades previstas en el capítulo IX de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y en su normativa específica.

d) A las fundaciones laborales de competencia estatal, según son definidas en la disposición adicional primera de este reglamento.

2. Quedan excluidas de la aplicación de este reglamento:

a) Las fundaciones a que se refiere la Ley 23/1982, de 16 de junio, reguladora del Patrimonio Nacional.

b) Las fundaciones públicas sanitarias a que se refiere el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que se regirán por su normativa específica.

c) 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, que se regirán por su normativa específica, sin perjuicio de la aplicación supletoria del capítulo XI de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

3. Lo dispuesto en este reglamento se entiende sin perjuicio de lo establecido en los acuerdos con la Iglesia Católica y en los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por el Estado con otras iglesias, confesiones y comunidades religiosas, así como en las normas dictadas para su aplicación en relación con las fundaciones creadas o fomentadas por éstas.

Artículo 3. *Denominación de las fundaciones.*

1. Las fundaciones sólo podrán tener una denominación. Podrán utilizarse las letras del alfabeto de cualquiera de las lenguas oficiales españolas. Las expresiones numéricas podrán recogerse en números arábigos o romanos.

2. La denominación de la fundación no podrá coincidir o asemejarse de manera que pueda crear confusión con ninguna otra de la que conste su previa inscripción en un registro público español, o con una denominación protegida o reservada a otras entidades, públicas o privadas, por su legislación específica. Entre otras posibles circunstancias, se entenderá en todo caso que existe tal semejanza cuando concurra alguna de las siguientes:

- a) La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número.
- b) La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos, expresiones, artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas de escasa significación.
- c) La utilización de distintas palabras con idéntica expresión gráfica o notoria semejanza fonética.

3. Las personas físicas o jurídicas podrán emplear su nombre, denominación, seudónimo o acrónimo en la denominación de las fundaciones que constituyan.

Artículo 4. *Delegaciones en España de fundaciones extranjeras.*

1. El establecimiento de la delegación de una fundación extranjera deberá constar en escritura pública, en la que se recogerán, al menos, los siguientes datos:

- a) Los fines de la fundación extranjera.
- b) Los datos o documentos que acrediten la constitución de la fundación extranjera con arreglo a su ley personal.
- c) Una certificación del acuerdo de su órgano de gobierno por el que se aprueba establecer una delegación de la fundación en España.
- d) La denominación de la delegación, que deberá integrar la expresión «Delegación de la fundación».
- e) El domicilio y ámbito territorial de actuación de la delegación en España.
- f) Las actividades que, en cumplimiento de los fines, pretende realizar la delegación de forma estable en España, sin que estos puedan consistir exclusivamente en la captación de fondos.
- g) La identificación de la persona o de las personas que ejercerán la representación de la delegación o que integrarán sus órganos de gobierno.
- h) El primer plan de actuación de la delegación en España.

2. El protectorado dictaminará, de forma preceptiva y vinculante para el Registro de fundaciones de competencia estatal, si los fines de la fundación matriz son de interés general con arreglo al ordenamiento jurídico español.

CAPÍTULO II

Constitución de la fundación**Artículo 5.** *Acreditación de las aportaciones a la dotación.*

1. La realidad de las aportaciones dinerarias a la dotación deberá acreditarse ante el notario autorizante de la escritura de constitución de la fundación mediante un certificado de depósito de la cantidad correspondiente a nombre de la fundación en una entidad de crédito.

El certificado, que deberá incorporarse a la escritura pública, será expedido por la entidad de crédito depositaria, y el depósito no podrá ser de fecha anterior en más de tres meses a la de la escritura pública.

De igual manera habrá de procederse en los sucesivos desembolsos, cuando la aportación dineraria se efectúe de forma sucesiva en los términos establecidos en el artículo 12.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones; el certificado de depósito correspondiente deberá incorporarse a la escritura o escrituras públicas que documenten los citados desembolsos.

Los requisitos exigibles para la inscripción registral de los aumentos de la dotación mediante aportaciones dinerarias, así como de aquellos a que se refiere el artículo 32.1, serán los que establezca el reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal.

2. Cuando la aportación a la dotación fuese no dineraria, se describirán los bienes y derechos objeto de la aportación en la escritura de constitución, y se indicarán sus datos registrales, si existieran, y el título o concepto de la aportación. Se incorporará a la escritura de constitución el informe de valoración a que se refiere el artículo siguiente.

En los aumentos de la dotación, cuando la aportación fuese no dineraria procedente del fundador o de terceros, se deberá hacer constar en la escritura pública correspondiente lo establecido en el párrafo anterior, así como la manifestación de la voluntad del aportante de que forme parte de la dotación.

3. Cuando la aportación no dineraria conlleve algún tipo de carga o gravamen para la fundación, el aportante estará obligado al saneamiento de la cosa objeto de la aportación, en los términos establecidos en el artículo 638 del Código Civil para las donaciones onerosas.

4. Los compromisos de aportaciones de terceros a la dotación inicial habrán de constar en títulos de los que llevan aparejada ejecución, que deberán describirse en la escritura fundacional.

Artículo 6. *Valoración de las aportaciones a la dotación.*

1. El valor de la dotación se fijará siempre en euros, tanto si consiste en dinero como en aportaciones no dinerarias.

2. Las aportaciones no dinerarias realizadas a la dotación serán valoradas por un experto independiente nombrado por el patronato y a costa de la fundación, salvo cuando la aportación se produzca en el momento de constituir la fundación, supuesto en que el experto será designado por el aportante y a su costa. La designación habrá de recaer en personas que ejerzan una profesión o actividad directamente relacionada con la valoración o peritación de los bienes o derechos objeto de la aportación, y que cumplan los requisitos exigidos para su ejercicio.

Cuando los bienes o derechos que deban valorarse sean de naturaleza heterogénea, podrán nombrarse varios expertos. En el nombramiento se expresarán los bienes o derechos que deben valorar cada uno de ellos.

3. Cuando las aportaciones consistan en valores cotizados en un mercado secundario oficial, tendrá la consideración de informe de experto independiente la certificación de una entidad gestora que opere en dicho mercado, en la que se acredite la valoración de los títulos de acuerdo con la cotización media del último trimestre.

4. La tasación del experto independiente deberá incorporarse a la escritura de constitución; en la inscripción registral se hará constar el nombre del experto que la haya elaborado, las circunstancias de su designación, así como la fecha de emisión del informe.

El informe contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados.

Artículo 7. *Fundación en proceso de formación.*

1. El protectorado, al recibir la copia simple de la escritura de constitución enviada por el notario autorizante, podrá requerir a los patronos designados en ella para que acepten el cargo, si todavía no lo hubieran hecho, e insten la inscripción de la fundación.

2. Transcurridos seis meses desde el otorgamiento de la escritura fundacional sin que los patronos hubieran instado la inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal, el protectorado les comunicará su cese y les reclamará la entrega de toda la documentación que obre en su poder, y procederá, previa autorización judicial, a la designación de nuevos patronos.

CAPÍTULO III

Gobierno de la fundación

Artículo 8. *Normas de organización del patronato.*

Las disposiciones recogidas en este capítulo se aplicarán en defecto de la regulación contenida en los estatutos, de acuerdo con la ley.

Artículo 9. *Convocatoria y constitución del patronato.*

1. Las reuniones del patronato serán convocadas por su secretario, por orden del presidente, además de en los supuestos legalmente previstos, siempre que éste lo esti-

me necesario o conveniente o cuando lo solicite la tercera parte del número total de los miembros del patronato. En este caso, la solicitud de convocatoria dirigida al presidente hará constar los asuntos que se vayan a tratar.

2. En la convocatoria se recogerá el lugar, la fecha y la hora de la reunión y su orden del día. Se remitirá de forma individual a todos los patronos con, al menos, cinco días de antelación, al domicilio designado por ellos, mediante cualquier procedimiento, incluidos los medios informáticos, electrónicos o telemáticos, que permita acreditar su recepción por los destinatarios.

3. El patronato podrá adoptar acuerdos cuando esté presente o representada la mayoría absoluta de los patronos.

4. El patronato quedará válidamente constituido sin necesidad de previa convocatoria, siempre que estén presentes o representados todos los patronos y acepten por unanimidad celebrar la reunión.

5. La reunión del patronato podrá prorrogarse en una o en varias sesiones cuando éste así lo acuerde, a propuesta de su presidente.

Artículo 10. *Composición del patronato.*

1. Cuando los estatutos fijen un máximo y un mínimo de patronos, corresponderá al propio patronato la determinación de su número concreto.

2. Si se designase patrono a una persona jurídica, ésta comenzará a ejercer sus funciones tras haber aceptado expresamente el cargo y haber nombrado como representante a una o a varias personas físicas, mediante acuerdo del órgano competente de la persona jurídica. La designación del representante o representantes, así como sus posteriores sustituciones, se comunicarán al patronato y al protectorado.

Artículo 11. *Adopción de acuerdos por el patronato.*

1. El patronato adoptará sus acuerdos por mayoría de los patronos presentes o representados en la reunión. El presidente tendrá voto de calidad en caso de empate.

2. El patrono se abstendrá de ejercer el derecho de voto cuando se trate de adoptar un acuerdo por el que:

a) Se establezca una relación contractual entre la fundación y el patrono, su representante, sus familiares hasta el cuarto grado inclusive, o su cónyuge o persona ligada con análoga relación de afectividad.

b) Se fije una retribución por sus servicios prestados a la fundación distintos de los que implica el desempeño de las funciones que le corresponden como miembro del patronato.

c) Se entable la acción de responsabilidad contra él.

Artículo 12. *Actas de las sesiones del patronato.*

1. De cada sesión que celebre el patronato el secretario levantará acta, que especificará necesariamente los asistentes, presentes o representados, el orden del día de la

reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones si lo solicitaran los patronos, así como el contenido de los acuerdos adoptados. Las actas serán firmadas en todas sus hojas por el secretario del patronato, con el visto bueno del presidente.

2. En el acta podrá figurar, a solicitud de cada patrono, el voto contrario o favorable al acuerdo adoptado o su abstención, así como la justificación del sentido de su voto. Asimismo, los patronos tienen derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que aporten en el acto, o en el plazo que señale el presidente, el texto que corresponda fielmente con su intervención, que se hará constar en el acta o se unirá una copia a ésta. También podrán formular voto particular por escrito en el plazo de 48 horas, que se incorporará al texto aprobado.

3. Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión; no obstante, el secretario podrá emitir certificación sobre los acuerdos específicos que se hayan adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta. En las certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia.

4. El presidente del patronato requerirá la presencia de un notario para que levante acta de la reunión siempre que, con cinco días de antelación al previsto para su celebración, lo solicite la tercera parte del número total de miembros que integran el patronato.

5. La fundación deberá llevar un libro de actas en el que constarán todas las aprobadas por el patronato.

Artículo 13. *Funciones del presidente y vicepresidentes del patronato.*

1. Corresponderá al presidente del patronato:

a) Ejercer la representación de la fundación en juicio y fuera de él, siempre que el patronato no la hubiera otorgado expresamente a otro de sus miembros.

b) Acordar la convocatoria de las reuniones del patronato y la fijación del orden del día.

c) Presidir las reuniones y dirigir y moderar el desarrollo de los debates, someter a votación los acuerdos y proclamar el resultado de las votaciones.

d) Velar por la correcta ejecución de los acuerdos adoptados por el patronato.

e) Velar por el cumplimiento de la ley y de los estatutos.

f) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del patronato.

g) Cualquier otra facultad que legal o estatutariamente le esté atribuida.

2. El patronato podrá nombrar en su seno uno o varios vicepresidentes y establecerá su orden. En el caso de vacante, ausencia o enfermedad del presidente, sus funciones serán asumidas por el vicepresidente único o primero y, en su defecto, por el segundo y sucesivos, si existiesen.

Artículo 14. *Funciones del secretario del patronato.*

1. Corresponderá al secretario del patronato:
 - a) Efectuar la convocatoria de las reuniones del patronato por orden de su presidente y realizar las correspondientes citaciones a los miembros del patronato.
 - b) Asistir a las reuniones del patronato, con voz y voto si la secretaría corresponde a un patrono, o solo con voz en caso contrario.
 - c) Conservar la documentación de la fundación y reflejar debidamente en el libro de actas del patronato el desarrollo de sus reuniones.
 - d) Expedir certificaciones con el visto bueno del presidente, respecto de los acuerdos adoptados por el patronato.
 - e) Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de secretario o se prevean expresamente en los estatutos de la fundación.
2. Sin perjuicio de otras previsiones de suplencia que puedan prever los estatutos, el patronato podrá nombrar un vicesecretario, que asumirá las funciones del secretario en el caso de vacante, ausencia o enfermedad de éste.

Artículo 15. *Otros órganos de la fundación.*

1. Los estatutos podrán prever la existencia de otros órganos distintos del patronato para el desempeño de las funciones que expresamente se les encomienden; en todo caso, deberán respetarse las funciones atribuidas legalmente al patronato como órgano de gobierno y administración al que corresponde el cumplimiento de los fines fundacionales y la administración del patrimonio de la fundación. En los estatutos se regulará la composición y las funciones de estos órganos.
2. Entre las facultades atribuidas a estos órganos no podrán comprenderse la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación ni aquellos actos que requieran la autorización del protectorado, que son materias de competencia exclusiva del patronato.
3. En todo caso, la creación, modificación y supresión de estos órganos y el nombramiento y cese de sus miembros deberá inscribirse en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

CAPÍTULO IV

Patrimonio de la fundación

Artículo 16. *Composición del patrimonio.*

El patrimonio de la fundación está formado por los siguientes bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica:

- a) La dotación, integrada por la dotación inicial aportada por el fundador o por terceras personas, por los bienes y derechos de contenido patrimonial que durante la existencia de la fundación se aporten en tal concepto por el fundador o por terceras

personas, y por los bienes y derechos que se afecten por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales.

En el caso de enajenación o gravamen de bienes y derechos de la dotación, se conservarán en ésta los bienes y derechos que vengan a sustituirlos y se integrará en ella la plusvalía que hubiera podido generarse.

b) Los bienes y derechos directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, sin carácter permanente, por declaración expresa de su aportante, por acuerdo del patronato o por resolución motivada del protectorado o de la autoridad judicial.

c) Los demás bienes y derechos y las obligaciones que adquiera la fundación en el momento de su constitución o con posterioridad.

Artículo 17. *Régimen de disposición y gravamen de los bienes de la fundación.*

1. Están sometidos a un régimen de autorización previa del protectorado los actos de enajenación, onerosa o gratuita, o de gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación y de los directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada.

2. Están sometidos a un régimen de comunicación, en un plazo máximo de treinta días hábiles posteriores a su realización, los siguientes actos sobre bienes o derechos que no formen parte de la dotación o que no se encuentren directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales:

a) Los actos de disposición, a título oneroso o gratuito, cuyo importe sea superior al 20 por ciento del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado.

b) Los actos de disposición o de gravamen que recaigan sobre bienes pertenecientes a alguna de las siguientes categorías:

1. Bienes inmuebles.

2. Establecimientos mercantiles o industriales.

3. Bienes declarados de interés cultural por la Administración General del Estado o por las comunidades autónomas ¹.

Artículo 18. *Contenido de la solicitud de autorización y de la comunicación.*

1. La solicitud de autorización o la comunicación a que se refiere el artículo anterior, así como las comunicaciones relativas a herencias, legados y donaciones previstas en el artículo 22 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, deberán acompañarse de los siguientes documentos:

a) Certificación del acuerdo adoptado por el patronato de la fundación.

¹ La redacción de este apartado 2 corresponde a la establecida por Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal.

b) Memoria acreditativa de las características del bien o derecho objeto del acuerdo y de los elementos y condiciones del negocio jurídico, con exposición de las razones en que se fundamenta e indicación del destino del importe.

c) Valoración de los bienes y derechos realizada por un experto independiente. Tratándose de valores cotizados en un mercado secundario oficial, tendrá la consideración de informe de experto independiente la certificación de una entidad gestora que opere en dicho mercado, en la que se acredite la valoración de los títulos de acuerdo con la cotización media del último trimestre.

2. La solicitud de autorización o la comunicación de actos de gravamen deberá contener expresión de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se trate de préstamos hipotecarios, se ha de determinar expresamente la cuantía y el destino del principal, la valoración del bien de conformidad con los criterios utilizados habitualmente por las entidades de crédito, los intereses pactados y el plazo para el cumplimiento de la obligación garantizada.

b) Cuando se trate de usufructos, derechos de superficie u otra clase de gravámenes, se ha de expresar el valor de los derechos reales que se pretende constituir, su duración y los elementos y condiciones esenciales del gravamen. A los efectos de valoración del derecho real que se pretenda constituir, se estará a lo prevenido en las normas reguladoras del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales relativas a la constitución de derechos reales.

Artículo 19. *Procedimiento de autorización administrativa.*

1. El patronato dirigirá al protectorado la solicitud de autorización de los actos de disposición o gravamen previstos en el artículo 17.1.

2. El protectorado podrá solicitar, a su costa, una valoración pericial del acto de disposición o gravamen. Si del contenido del informe pericial se dedujera un posible perjuicio para la fundación, se dará traslado al patronato para que alegue lo que corresponda en un plazo de 15 días.

3. El procedimiento de autorización deberá resolverse y notificarse en el plazo máximo de tres meses a partir de la entrada de la solicitud en el registro del protectorado competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin haberse notificado una resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud.

4. De realizarse el acto autorizado, se remitirá al protectorado en el plazo de un mes una copia del documento en que se formalice, para su oportuna constancia en el protectorado y en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

5. El protectorado podrá denegar la autorización en los siguientes supuestos:

a) Cuando la contraprestación recibida en el acto de disposición o gravamen sometido a autorización no resulte equilibrada.

b) Cuando el acto de disposición o gravamen resulte de otro modo lesivo para los intereses de la fundación o pueda impedir la realización de sus fines.

Artículo 20. *Autorización anual para la enajenación de valores cotizados.*

1. En el supuesto de títulos valores que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales y coticen en un mercado secundario oficial, el patronato podrá solicitar al protectorado la autorización para enajenar en cualquier momento a lo largo del ejercicio los valores que se detallan en la solicitud o los que vengan a sustituirlos. El protectorado, si las circunstancias del caso lo hicieran aconsejable, podrá conceder dicha autorización siempre que los valores se enajenen por un precio superior al de adquisición, salvo que circunstancias de mercado aconsejen lo contrario; en tal caso, se hará mención expresa de este extremo tanto en la solicitud de autorización como en su concesión.

2. El patronato comunicará trimestralmente al protectorado las enajenaciones efectuadas, el cual podrá revocar la autorización cuando éstas sean lesivas para los intereses de la fundación, sin perjuicio de la eficacia de las operaciones ya efectuadas.

3. Al formular la comunicación al protectorado, se deberá acreditar el importe de la cotización del día anterior al de la venta, cuya fecha deberá hacerse constar.

Artículo 21. *Efectos de la falta de autorización o de comunicación.*

1. Cuando el protectorado tenga conocimiento de que se han realizado actos de disposición o gravamen sin la preceptiva autorización o sin cumplir la obligación de comunicar el acto o negocio realizado, requerirá al patronato cuanta información considere conveniente. El patronato dispondrá de un plazo de 15 días para suministrar dicha información.

2. El protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, resolverá sobre la procedencia de subsanar el defecto, y autorizará a posteriori el negocio efectuado, sin perjuicio de la posibilidad de entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o de solicitar de la autoridad judicial su destitución.

Artículo 22. *Reducción grave de los fondos propios.*

Cuando durante dos ejercicios consecutivos se aprecie en las cuentas anuales de una fundación una reducción grave de sus fondos propios que ponga en riesgo la consecución de sus fines, el protectorado podrá requerir al patronato a fin de que adopte las medidas oportunas para corregir la situación.

CAPÍTULO V

Actividad de la fundación y gestión económica*Sección 1.ª Actividades fundacionales***Artículo 23.** *Actividades de la fundación.*

1. Las fundaciones podrán desarrollar actividades propias y actividades mercantiles.

A estos efectos, se entiende por actividad propia la realizada por la fundación para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro, con independencia de que la prestación o servicio se otorgue de forma gratuita o mediante contraprestación.

2. Las fundaciones podrán, además, desarrollar directamente actividades mercantiles cuando realicen la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios para obtener lucro, siempre que su objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de aquéllas, con sometimiento a las normas reguladoras de defensa de la competencia.

Asimismo, las fundaciones podrán realizar cualquier actividad mercantil mediante la participación en sociedades, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 24. *Participación de la fundación en sociedades mercantiles.*

1. La adquisición originaria o derivativa por la fundación de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles en las que no se responda personalmente de las deudas sociales deberá comunicarse al protectorado. Dicha comunicación se realizará en cuanto dicha circunstancia se produzca, sin que pueda superarse en ningún caso el plazo máximo de 30 días, y se acompañará de una copia del título que justifique la adquisición de la participación mayoritaria.

Lo previsto en este apartado se aplicará igualmente a las adquisiciones de participaciones minoritarias que, acumuladas a adquisiciones anteriores, den lugar a la participación mayoritaria de la fundación en la sociedad mercantil.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, se entenderá por participación mayoritaria aquélla que represente más del 50 por ciento del capital social o de los derechos de voto, a cuyos efectos se computarán tanto las participaciones directas como las indirectas. Para determinar los derechos de voto, en el supuesto de sociedades indirectamente dependientes de una fundación, se entenderá que a ésta le corresponde el número de votos que corresponda a la sociedad dependiente que participe directamente en el capital social de aquéllas.

3. En el caso de que el ordenamiento jurídico establezca para la adquisición de participaciones significativas un régimen de comunicación a los correspondientes organismos supervisores, el patronato de la fundación deberá comunicar dicha adquisición al protectorado con los requisitos establecidos en el apartado 1.

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, el patronato 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.

Si transcurriera el plazo mencionado sin que se hubiera llevado a cabo la enajenación, o sin que la sociedad participada se hubiera transformado en sociedad no perso-

nalista, el protectorado requerirá al patronato para que, en el plazo de 15 días, realice las alegaciones que considere oportunas. El protectorado, si concurren las circunstancias previstas en la ley, podrá entablar la acción de responsabilidad contra los patronos o solicitar de la autoridad judicial su cese.

Artículo 25. *Códigos de conducta para la realización de inversiones temporales.*

1. Anualmente, el patronato emitirá un informe acerca del grado de cumplimiento por parte de la fundación de los códigos de conducta aprobados en desarrollo de la disposición adicional tercera de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

2. El patronato remitirá el citado informe al protectorado junto con las cuentas anuales. En el informe deberán especificarse las operaciones que se hayan desviado de los criterios contenidos en los códigos y las razones que lo justifican.

Sección 2.^a Plan de actuación, contabilidad y auditoría

Artículo 26. *Plan de actuación.*

1. El patronato aprobará y remitirá al protectorado, 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 en el ejercicio siguiente. El patronato no podrá delegar esta función en otros órganos de la fundación.

2. El plan de actuación contendrá información identificativa de cada una de las actividades propias y de las actividades mercantiles, de los gastos estimados para cada una de ellas y de los ingresos y otros recursos previstos, así como cualquier otro indicador que permita comprobar en la memoria el grado de realización de cada actividad o el grado de cumplimiento de los objetivos.

3. El patronato remitirá al protectorado el plan de actuación acompañado de la certificación del acuerdo aprobatorio del patronato y de la relación de los patronos asistentes a la sesión. Dicha certificación será expedida por el secretario con el visto bueno del presidente, que acreditarán su identidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho para presentar documentos ante los órganos administrativos.

4. Una vez comprobada la adecuación formal del plan de actuación a la normativa vigente, el protectorado procederá a depositarlo en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

Artículo 27. *Libros de contabilidad.*

Las fundaciones llevarán necesariamente un libro diario y un libro de inventarios y cuentas anuales, así como aquellos que el patronato considere convenientes para el buen orden y desarrollo de sus actividades y para el adecuado control de sus actividades.

Artículo 28. *Cuentas anuales.*

1. Las cuentas anuales comprenden el balance, la cuenta de resultados y la memoria. Se formularán al cierre del ejercicio, de conformidad con los criterios esta-

blecidos en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos, y se expresarán los valores en euros. Cuando las cuentas vayan a ser sometidas a auditoría externa, habrán de formularse dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio. El ejercicio económico coincidirá con el año natural, salvo que en los estatutos se establezca un período anual diferente.

2. Las cuentas anuales serán aprobadas por el patronato en el plazo máximo de seis meses desde el cierre del ejercicio, sin que pueda delegar esta función en otros órganos de la fundación.

3. Las cuentas aprobadas serán firmadas en todas sus hojas por el secretario del patronato, con el visto bueno del presidente.

4. Las cuentas anuales y, en su caso, el informe de auditoría se presentarán al protectorado dentro del plazo de 10 días hábiles desde su aprobación, acompañadas de certificación del acuerdo aprobatorio del patronato en el que figure la aplicación del resultado, emitida por el secretario con el visto bueno del presidente, que acreditarán su identidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho para presentar documentos ante los órganos administrativos. Los patronos que lo deseen podrán solicitar que conste en dicha certificación el sentido de su voto. También se acompañará la relación de patronos asistentes a la reunión en la que fueron aprobadas, firmada por todos ellos.

5. El protectorado examinará las cuentas y, en su caso, el informe de auditoría y comprobará su adecuación formal a la normativa vigente. Si en dicho examen se apreciaren errores o defectos formales, el protectorado lo notificará al patronato para que proceda a su subsanación en el plazo que le señale, no inferior a 10 días. Si el patronato no atendiera dicho requerimiento, el protectorado, a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá ejercer las acciones que le confiere el artículo 35.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

6. Una vez comprobada la adecuación formal a la normativa vigente de los documentos examinados, el protectorado procederá a depositarlos en el Registro de fundaciones de competencia estatal, todo ello sin perjuicio de las comprobaciones materiales que, dentro del plazo de cuatro años desde la presentación, pueda realizar en el ejercicio de sus funciones. Si, como consecuencia de dichas comprobaciones materiales, el protectorado apreciara cualquier incumplimiento de la normativa aplicable, incorporará a las cuentas depositadas en el citado registro las observaciones que considere oportunas, sin perjuicio del posible ejercicio de las acciones que le confiere el artículo 35.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

7. Anualmente, el protectorado remitirá al Ministerio de Economía y Hacienda las relaciones nominales de las fundaciones que han cumplido debidamente con la obligación de presentar las cuentas anuales y de aquellas que han incumplido dicha obligación o que no han atendido los requerimientos del protectorado destinados al cumplimiento de la obligación de presentar las citadas cuentas.

Artículo 29. *Cuentas consolidadas.*

1. Las fundaciones que realicen actividades económicas y se encuentren en alguno de los supuestos previstos en los artículos 42 y 43 del Código de Comercio para la sociedad dominante deberán formular, además, cuentas anuales consolidadas en los términos señalados en el Código de Comercio y en las disposiciones contables que resulten de aplicación en este ámbito. Cuando la fundación esté obligada a consolidar sus cuentas, deberá hacerlo constar así en la memoria.

2. Las cuentas anuales consolidadas se formularán y aprobarán conforme a lo previsto en el artículo anterior, se depositarán en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo III del título III de su reglamento, y se remitirá una copia al Registro de fundaciones de competencia estatal.

Artículo 30. *Descripción de las actividades fundacionales en la memoria.*

1. La descripción de las actividades fundacionales identificará y cuantificará la actuación global de la fundación, así como cada una de las actividades, distinguiendo entre actividades propias y mercantiles. Deberá contener la siguiente información:

a) Identificación de las actividades, con su denominación y ubicación física. Para cada una de las actividades identificadas, se especificarán:

1.º Los recursos económicos empleados para su realización, con separación de las dotaciones a la amortización y a la provisión de los restantes gastos consignados en la cuenta de resultados. A su vez, se informará de las adquisiciones de inmovilizado realizadas en el ejercicio, de la cancelación de deuda no comercial y de otras aplicaciones.

2.º Los recursos humanos, agrupados por las siguientes categorías: personal asalariado, personal con contrato de servicios y personal voluntario. Se especificará su dedicación horaria.

3.º El número de beneficiarios o usuarios de sus actividades propias, diferenciando entre personas físicas y jurídicas.

4.º Los ingresos ordinarios obtenidos en el ejercicio, respecto a las actividades mercantiles.

b) Identificación de los convenios de colaboración suscritos con otras entidades; se dará una valoración monetaria a la corriente de bienes y servicios que se produce.

c) Recursos totales obtenidos en el ejercicio, así como su procedencia, distinguiendo entre rentas y otros ingresos derivados del patrimonio, de prestación de servicios, de subvenciones del sector público, de aportaciones privadas y de cualquier otro supuesto.

d) Deudas contraídas y cualquier otra obligación financiera asumida por la fundación.

e) Recursos totales empleados en el ejercicio, distinguiendo entre gastos destinados a actividades propias, mercantiles y otros gastos.

f) Grado de cumplimiento del plan de actuación, indicando las causas de las desviaciones.

2. Los ingresos y gastos mencionados en este artículo se determinarán conforme a los principios, reglas y criterios establecidos en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos.

Artículo 31. *Auditoría externa.*

1. Corresponde al patronato la designación de un auditor, tanto en el supuesto de que la fundación estuviera legalmente obligada a someter sus cuentas a auditoría externa como en el caso de que el patronato decidiera voluntariamente someterlas a auditoría.

El nombramiento se llevará a cabo antes de que finalice el ejercicio que se va a auditar, con sujeción a los períodos de contratación previstos en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas. No podrá revocarse a los auditores de cuentas antes de que finalice el período para el que fueron nombrados, a no ser que medie justa causa.

2. Excepcionalmente, el encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal podrá, a instancia del protectorado o de cualquiera de los miembros del patronato, designar un auditor de cuentas para verificar las cuentas anuales de un ejercicio determinado, en los casos en que el patronato, estando obligado a nombrar auditor, no lo hubiera realizado antes de la finalización del ejercicio a auditar.

3. El nombramiento de los auditores por el encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal se realizará de entre los que aparezcan en la lista de auditores inscritos en el Registro oficial de auditores de cuentas. A tal efecto, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas remitirá, en el mes de enero de cada año, al encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal una lista de los auditores inscritos en el Registro oficial de auditores de cuentas al 31 de diciembre del año anterior, por cada provincia. En cada una de las listas figurarán, por orden alfabético y numerados, el nombre y apellidos o la razón social o denominación de los auditores de cuentas, así como su domicilio, que necesariamente deberá radicar en la provincia a que se refiera dicha lista. Los auditores que tengan oficina o despacho abierto en distintas provincias podrán figurar en las listas correspondientes a cada una de ellas.

Recibidas las listas, el encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal remitirá para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» el día y la hora del sorteo público para determinar el orden de nombramientos. Una vez efectuado dicho sorteo, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» la letra del alfabeto que determinará el orden de los nombramientos, que será la misma para cada provincia. Dicho orden comenzará a regir para los nombramientos que se efectúen a partir del primer día hábil del mes siguiente en que hubiese tenido lugar la publicación y se mantendrá hasta que entre en vigor el correspondiente al siguiente año. Para determinar qué lista es la utilizada para cada nombramiento, se estará a la provincia donde radique el domicilio de la fundación.

El encargado del Registro de fundaciones de competencia estatal tendrá a disposición del público las listas de auditores.

4. La solicitud de nombramiento de auditor deberá recoger, al menos, las siguientes circunstancias:

- a) Identificación del solicitante.
- b) Denominación y datos de identificación registral de la fundación.
- c) Causa de la solicitud.
- d) Fecha de la solicitud.

5. En defecto de normas específicas, el régimen jurídico de los auditores se regirá por lo dispuesto en la legislación mercantil.

Sección 3.ª Gestión económica

Artículo 32. *Destino de rentas e ingresos.*

1. Deberá destinarse a la realización de los fines fundacionales, al menos, el 70 por ciento del importe del resultado contable de la fundación, corregido con los ajustes que se indican en los apartados siguientes.

El resto del resultado contable, no destinado a la realización de los fines fundacionales, deberá incrementar bien la dotación, bien las reservas, según acuerdo del patronato.

2. No se incluirán como ingresos:

a) La contraprestación que se obtenga por la enajenación o gravamen de bienes y derechos aportados en concepto de dotación por el fundador o por terceras personas, así como de aquellos otros afectados por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales, incluida la plusvalía que se pudiera haber generado.

b) Los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia.

3. No se considerarán en ningún caso como ingresos las aportaciones o donaciones recibidas en concepto de dotación en el momento de la constitución o en un momento posterior.

4. No se deducirán los siguientes gastos:

a) Los que estén directamente relacionados con las actividades desarrolladas para el cumplimiento de fines, incluidas las dotaciones a la amortización y a las provisiones de inmovilizado afecto a dichas actividades.

b) La parte proporcional de los gastos comunes al conjunto de actividades que correspondan a las desarrolladas para el cumplimiento de los fines fundacionales.

Esta parte proporcional se determinará en función de criterios objetivos deducidos de la efectiva aplicación de recursos a cada actividad.

Dichos gastos comunes podrán estar integrados, en su caso, por los gastos por servicios exteriores, de personal, financieros, tributarios y otros gastos de gestión y administración, así como por aquellos de los que los patronos tienen derecho a ser resarcidos, en los términos previstos en el artículo 15.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

5. Los ingresos y los gastos a que se refiere este cómputo se determinarán en función de la contabilidad llevada por la fundación con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y conforme a los principios, reglas y criterios establecidos en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos, y en otras normas de desarrollo de dicho plan general que resulten de aplicación.

6. Se considera destinado a los fines fundacionales el importe de los gastos e inversiones realizados en cada ejercicio que efectivamente hayan contribuido al cumplimiento de los fines propios de la fundación especificados en sus estatutos, excepto las dotaciones a las amortizaciones y provisiones.

Para determinar el cumplimiento del requisito del destino de rentas e ingresos, cuando las inversiones destinadas a los fines fundacionales hayan sido financiadas con ingresos que deban distribuirse en varios ejercicios, como subvenciones, donaciones y legados, o con recursos financieros ajenos, dichas inversiones se computarán en la misma proporción en que lo hubieran sido los ingresos o se amortice la financiación ajena.

7. El destino a fines deberá hacerse efectivo en el plazo comprendido entre el inicio del ejercicio en que se hayan obtenido dichos resultados y los cuatro años siguientes a su cierre.

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

El protectorado analizará la información suministrada y podrá requerir que ésta se amplíe y que se aporten los documentos y justificantes que se estimen necesarios. En la medida en que considere que la información y la documentación aportadas no acreditan el cumplimiento del requisito, lo hará constar así en el correspondiente informe.

Artículo 33. *Gastos de administración.*

El importe de los gastos directamente ocasionados por la administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, sumado al de los gastos de los que los patronos tienen derecho a ser resarcidos, no podrá superar la mayor de las siguientes cantidades: el cinco por ciento de los fondos propios o el 20 por ciento

del resultado contable de la fundación, corregido con los ajustes que se establecen en el artículo 32.

Artículo 34. *Remuneración de patronos y autocontratación.*

1. La solicitud de autorización para que los patronos sean remunerados o contraten con la fundación, por sí o por medio de representante, a que se refieren los artículos 15.4 y 28 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, será cursada al protectorado por el patronato y habrá de ir acompañada de la siguiente documentación:

a) Copia del documento en que se pretende formalizar el negocio jurídico entre el patrono y la fundación.

b) Certificación del acuerdo del patronato por el que se decide la realización del negocio jurídico, incluyendo el coste máximo total que supondrá para la fundación.

c) Memoria explicativa de las circunstancias concurrentes, entre las que se incluirán las ventajas que supone para la fundación efectuar el negocio jurídico con un patrono.

2. El protectorado resolverá y notificará la resolución en el plazo de tres meses, entendiéndose estimada la solicitud si, transcurrido dicho plazo, no hubiese recaído resolución expresa ni hubiese sido notificada.

3. El protectorado denegará en todo caso la autorización en los siguientes supuestos:

a) Cuando el negocio jurídico encubra una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono.

b) Cuando el valor de la contraprestación que deba recibir la fundación no resulte equilibrado.

4. También deberá el patronato solicitar autorización del protectorado, en los términos establecidos en los apartados anteriores, para designar como patrono a una persona, natural o jurídica, que mantenga un contrato en vigor con la fundación.

CAPÍTULO VI

Intervención temporal

Artículo 35. *Intervención temporal.*

1. 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, acordará la iniciación del procedimiento de intervención temporal y lo notificará al patronato para que, en el plazo de 15 días, formule las alegaciones que considere oportunas. A la vista de estas alegaciones, el protectorado podrá declarar la existencia de la irregularidad o desviación. Transcurri-

do el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiese llevado a cabo dicha declaración, se producirá su caducidad.

2. Emitida la resolución a que se refiere el apartado anterior, el protectorado requerirá del patronato la adopción de las medidas que estime pertinentes para la corrección de la irregularidad o desviación advertida, y fijará, a tal efecto, un plazo no superior a dos meses.

3. Si el requerimiento no fuera atendido en el plazo indicado, el protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que acuerde, previa audiencia del patronato, la intervención temporal de la fundación. Junto con la solicitud, el protectorado remitirá a la autoridad judicial los siguientes datos:

- a) Hechos que motivan la solicitud de intervención.
- b) Medidas propuestas y plazo estimado para su ejecución.
- c) Plazo de la intervención solicitada.

d) Personas que, en representación del protectorado y en número no inferior a tres, ejercerían las funciones del patronato.

4. El protectorado podrá solicitar la colaboración de organismos públicos y privados para asegurar un adecuado ejercicio de las atribuciones que se derivan de la intervención acordada por la autoridad judicial.

CAPÍTULO VII

Modificación, fusión y extinción de la fundación

Artículo 36. *Procedimiento de modificación estatutaria.*

1. Cuando el procedimiento de modificación de los estatutos se inicie a instancia del patronato, en los supuestos previstos en el artículo 29 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, el órgano de gobierno de la fundación acompañará a la preceptiva comunicación que debe efectuar al protectorado los siguientes documentos:

- a) El texto de la modificación.
- b) Certificación del acuerdo aprobatorio del patronato, emitida por el secretario con el visto bueno del presidente.

Si en el plazo de tres meses desde la recepción de la comunicación el protectorado no se opusiera motivadamente y por razones de legalidad a la modificación estatutaria, o si antes de que venciera aquel plazo manifestara de forma expresa su no oposición a la modificación o nueva redacción de los estatutos, el patronato elevará a escritura pública la modificación de los estatutos para su ulterior inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

2. Cuando el procedimiento se inicie por el protectorado, éste requerirá del patronato la modificación que estime necesaria y fijará un plazo suficiente para llevar-

la a cabo, en atención a las circunstancias que concurran, que no podrá ser inferior a tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que el patronato hubiera acordado la modificación requerida, o ante su oposición expresa, el protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que resuelva sobre la procedencia de la modificación de estatutos requerida.

Artículo 37. *Procedimiento de fusión de fundaciones.*

1. Acordada la fusión por propia iniciativa de los patronatos afectados, siempre que no lo haya prohibido el fundador, acompañarán a la preceptiva comunicación al protectorado, que podrá oponerse o mostrar su no oposición en idénticos términos a los establecidos en el artículo anterior, los siguientes documentos:

a) Certificación del acuerdo aprobatorio de fusión de cada uno de los patronatos, emitida por sus secretarios con el visto bueno de sus presidentes.

b) Informe justificativo de la fusión, aprobado por los patronatos de las fundaciones fusionadas, en el que se expondrá el modo en que afectará a los fines y actividades de las fundaciones fusionadas y el patrimonio aportado por cada una de ellas.

c) El último balance anual aprobado de cada una de las fundaciones fusionadas, si dicho balance hubiera sido cerrado dentro de los seis meses anteriores al acuerdo de fusión. En caso contrario, se elaborará un balance específico de fusión.

d) Los estatutos de la nueva fundación y la identificación de los miembros de su primer patronato.

La fusión requerirá el otorgamiento de escritura pública, en la que conste el acuerdo de fusión aprobado por los respectivos patronatos, y su inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal. En la escritura pública de fusión se incluirá lo reseñado en los párrafos a), b), c) y d).

2. Cuando la fundación sea requerida por el protectorado, en el supuesto de que resulte incapaz de alcanzar sus fines, para que se fusione con otra de fines análogos que haya manifestado su voluntad favorable, y siempre que el fundador no lo hubiera prohibido, el protectorado le concederá un plazo suficiente para negociar el acuerdo de fusión, atendidas las circunstancias concurrentes, que no podrá ser inferior a tres meses. Transcurrido dicho plazo sin haber recibido la documentación reseñada en el apartado anterior, o ante la oposición expresa del patronato requerido, el protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial que ordene la fusión.

Artículo 38. *Procedimiento de extinción de la fundación.*

1. Cuando el patronato acuerde extinguir la fundación por haberse realizado íntegramente el fin fundacional, por resultar imposible su realización o por concurrir cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos, deberá solicitar la ratificación del protectorado, para lo que acompañará la siguiente documentación:

a) Certificación del acuerdo de extinción adoptado por el patronato, emitida por el secretario con el visto bueno del presidente.

b) Memoria justificativa de la concurrencia de una causa de extinción específica de las previstas en el primer párrafo de este apartado. En el supuesto de que la causa de extinción sea la imposibilidad de realizar el fin fundacional, habrá que justificar, además, la improcedencia o la imposibilidad de modificar los estatutos o de llevar a cabo un proceso de fusión.

c) Las cuentas de la entidad a la fecha en que se adoptó el acuerdo de extinción.

d) El proyecto de distribución de los bienes y derechos resultantes de la liquidación.

El protectorado, una vez examinada la documentación aportada por el patronato y en el plazo de tres meses, resolverá de forma motivada sobre la ratificación del acuerdo de extinción. A falta de resolución expresa debidamente notificada en el plazo citado, el acuerdo de extinción podrá entenderse ratificado. Si la resolución fuese denegatoria, el patronato podrá instar ante la autoridad judicial la declaración de extinción de la fundación.

2. Si el protectorado apreciara de oficio la concurrencia de alguno de los supuestos de extinción previstos en el apartado anterior, comunicará al patronato la necesidad de adoptar el acuerdo de extinción en el plazo que al efecto señale, que no podrá ser inferior a tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que el patronato hubiera adoptado el acuerdo de extinción requerido, o ante su oposición expresa, el protectorado podrá solicitar de la autoridad judicial la declaración de extinción de la fundación.

3. La extinción de la fundación por cualquier causa establecida en las leyes que no se encuentre recogida en los párrafos a) a e) del artículo 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, requerirá en todo caso resolución judicial motivada. Tanto el patronato como el protectorado podrán instar esta resolución, a no ser que la ley aplicable establezca otra cosa.

4. El acuerdo de extinción, que deberá constar en escritura pública, o, en su caso, la resolución judicial se inscribirán en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

Artículo 39. *Procedimiento y criterios de liquidación.*

1. La liquidación de la fundación extinguida se realizará por el patronato bajo el control del protectorado. A tal efecto, el protectorado podrá solicitar del patronato cuanta información considere necesaria, incluso con carácter periódico, sobre el proceso de liquidación.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, el patronato podrá apoderar o delegar la ejecución material de sus acuerdos relativos al proceso de liquidación.

3. El procedimiento de liquidación se inicia con la aprobación por el patronato del balance de apertura de la liquidación.

4. Resultan aplicables al proceso de liquidación los requisitos establecidos con carácter general para los actos dispositivos de los bienes y derechos de la fundación, así como las normas que regulan la responsabilidad de los patronos.

5. El protectorado impugnará ante la autoridad judicial los actos de liquidación que resulten contrarios al ordenamiento jurídico o a los estatutos de la fundación.

6. No se podrán destinar los bienes y derechos resultantes de la liquidación a las entidades a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, sin que hayan sido satisfechos todos los acreedores o sin haber consignado el importe de sus créditos. Cuando existan créditos no vencidos, se asegurará previamente el pago.

7. La función liquidadora del patronato concluirá con el otorgamiento de la escritura de cancelación de la fundación, la solicitud de la cancelación de los asientos referentes a la fundación y su inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

CAPÍTULO VIII

El protectorado

Artículo 40. *Organización general del protectorado.*

1. El protectorado de las fundaciones de competencia estatal será ejercido por la Administración General del Estado a través de los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales, tal y como aparecen descritos en los estatutos de la fundación. La atribución del protectorado a nuevos departamentos ministeriales sólo podrá llevarse a cabo mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

2. El Registro de fundaciones de competencia estatal decidirá, a la vista del fin principal de la fundación establecido en sus estatutos, tanto en el momento de su constitución como con ocasión de una eventual modificación estatutaria que afecte a sus fines, el protectorado competente al que dicha fundación quedará adscrita.

3. En el ámbito de cada departamento ministerial, la titularidad del protectorado corresponde al Ministro, sin perjuicio de la posibilidad de su delegación o desconcentración.

Las resoluciones del titular del protectorado ponen fin a la vía administrativa.

Artículo 41. *Atribuciones del protectorado.*

1. El protectorado se ejerce respetando la autonomía de funcionamiento de las fundaciones y con el objetivo de garantizar el cumplimiento de la legalidad y de los fines establecidos por la voluntad fundacional.

2. El protectorado desempeñará las funciones que se enumeran en los artículos siguientes de este capítulo, sin perjuicio de cualesquiera otras que pudiera otorgarle la ley.

Artículo 42. *Funciones de apoyo, impulso y asesoramiento.*

Se consideran funciones de apoyo, impulso y asesoramiento del protectorado las siguientes:

a) Asesorar a las fundaciones en proceso de constitución en relación con la normativa aplicable a dicho proceso, en particular sobre aspectos relacionados con la dotación, los fines de interés general y la elaboración de estatutos, así como sobre la tramitación administrativa correspondiente.

El protectorado facilitará a los interesados que lo soliciten un modelo de estatutos de carácter orientativo.

Asimismo, los interesados podrán someter al protectorado un borrador de estatutos para su informe previo no vinculante.

b) Asesorar a las fundaciones ya inscritas en relación con su régimen jurídico, económico-financiero y contable, en particular sobre los siguientes aspectos:

1.º Normativa vigente que afecta al sector fundacional.

2.º Funcionamiento y actuación del patronato.

3.º Expedientes relativos a disposición y gravamen de bienes, autocontratación, modificación de estatutos, fusión, extinción y liquidación.

4.º Elaboración de las cuentas anuales, obligaciones formales de su presentación y demás aspectos relacionados con la contabilidad.

5.º Elaboración y presentación del plan de actuación.

6.º Descripción de las actividades en cumplimiento de fines que deben figurar en la memoria. El protectorado podrá facilitar, a solicitud de los interesados, un modelo resumen para presentar la información de forma cuantificada y homogénea.

c) Promover la realización de estudios sobre la viabilidad de las fundaciones, con la conformidad de éstas.

d) Dar a conocer la existencia y actividades de las fundaciones, sin perjuicio de la función de publicidad registral correspondiente al Registro de fundaciones de competencia estatal.

El protectorado, mediante publicaciones en papel o por cualquier procedimiento de comunicación informático o telemático, llevará a cabo las siguientes actividades:

1.º 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.

2.º Elaborar y publicar, por sí mismo o en colaboración con los protectorados de las comunidades autónomas, directorios de fundaciones.

3.º Ofrecer datos agregados sobre la realidad social y económica de las fundaciones y sobre las actividades que realizan en cumplimiento de sus fines.

4.º Proporcionar listados de fundaciones a los interesados que lo soliciten.

5.º Proporcionar a los patronatos, con carácter facultativo, formularios que faciliten las relaciones con sus protectorados.

e) Promover, en colaboración con las unidades editoras del respectivo departamento, la elaboración de publicaciones sobre los diversos aspectos de la realidad fundacional.

Artículo 43. *Funciones en relación con el proceso de constitución.*

Son funciones del protectorado en el proceso de constitución de las fundaciones las siguientes:

- a) Velar por el respeto a la legalidad en la constitución de la fundación.
- b) Informar, con carácter preceptivo y vinculante para el Registro de fundaciones de competencia estatal, sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia dotacional de las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución, de acuerdo con lo previsto en los artículos 3 y 12 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
- c) Otorgar, previa autorización judicial, escritura pública de constitución de la fundación, mediante la persona que designe el propio protectorado, en el supuesto de fundación constituida por acto mortis causa previsto en el artículo 9.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
- d) Cesar a los patronos de las fundaciones en proceso de formación que, en el plazo de seis meses desde el otorgamiento de la escritura de constitución, no hubieran instado su inscripción en el Registro de fundaciones de competencia estatal, y nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial.

Artículo 44. *Funciones en relación con el patronato.*

Son funciones del protectorado en relación con el patronato de las fundaciones las siguientes:

- a) Autorizar al patronato para asignar una retribución a los patronos por servicios prestados a la fundación distintos de los que implican el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del patronato.
- b) Autorizar a los patronos a contratar con la fundación, ya sea en nombre propio o de un tercero.
- c) Ejercer provisionalmente las funciones de patronato cuando faltasen, por cualquier motivo, todas las personas llamadas a integrarlo.
- d) Designar a la persona o personas que integren provisionalmente el patronato en el supuesto previsto en el artículo 18.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
- e) Asumir todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial de intervención temporal de la fundación.

Artículo 45. *Funciones en relación con el patrimonio de la fundación.*

Son funciones del protectorado en relación con el patrimonio de la fundación las siguientes:

a) Autorizar la enajenación o gravamen de los bienes y derechos de la fundación cuando formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de sus fines, velando para que no quede injustificadamente mermado el valor económico de la dotación fundacional.

b) Tener conocimiento formal de aquellos negocios jurídicos de la fundación sobre los que el patronato está legalmente obligado a informar al protectorado.

c) Velar en todo momento por la adecuación y suficiencia de la dotación fundacional en orden al efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, sin perjuicio de la responsabilidad que a tal efecto corresponde al patronato.

Artículo 46. *Funciones relativas al cumplimiento de fines.*

Son funciones del protectorado en relación al cumplimiento de fines por parte de las fundaciones las siguientes:

a) Velar por el efectivo cumplimiento de los fines fundacionales, teniendo en cuenta la voluntad del fundador y la consecución del interés general.

b) Conocer y examinar el plan de actuación y las cuentas anuales, incluidos, en su caso, los informes de auditoría, así como solicitar, en su caso, el nombramiento de auditor externo.

c) Comprobar que las fundaciones facilitan información adecuada y suficiente respecto de sus fines y actividades, para que sean conocidas por sus eventuales beneficiarios y demás interesados.

d) Comprobar que las fundaciones actúan con criterios de imparcialidad y no discriminación en la determinación de sus beneficiarios.

e) Verificar si los recursos económicos de la fundación han sido aplicados a los fines fundacionales. Cuando existan dudas a este respecto, el protectorado podrá solicitar, a su costa, un informe pericial sobre los extremos que considere necesario aclarar. Asimismo, podrá solicitar al patronato la información que resulte necesaria, así como realizar actuaciones de comprobación en la sede fundacional, previa conformidad del patronato. El informe pericial deberá ser emitido por un perito independiente o por un funcionario designado por el protectorado, en el plazo fijado por éste.

Artículo 47. *Funciones en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones.*

Son funciones del protectorado en relación con la modificación, fusión y extinción de las fundaciones las siguientes:

a) Tener conocimiento y, en su caso, oponerse, por razones de legalidad y de forma motivada, a los acuerdos de modificación de estatutos o de fusión, adoptados por el patronato.

b) Solicitar de la autoridad judicial la modificación de los estatutos o la fusión de las fundaciones, en los supuestos previstos en los artículos 29 y 30 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

c) Ratificar el acuerdo del patronato sobre extinción de la fundación cuando se hubiese realizado íntegramente el fin fundacional, sea imposible su realización o concurra otra causa prevista en el acto constitutivo o en los estatutos.

d) Solicitar de la autoridad judicial la extinción de la fundación, en los supuestos previstos en el artículo 32 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

e) Tener conocimiento y supervisar, en su caso, las operaciones de liquidación de la fundación, así como acordar el destino que haya de darse a los bienes de ésta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Artículo 48. *Funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas.*

El protectorado ejercerá las siguientes funciones en relación con el ejercicio de las acciones legalmente previstas:

a) Ejercitar la acción de responsabilidad en favor de la fundación frente a los patronos, cuando legalmente proceda.

b) Instar judicialmente el cese de los patronos por el desempeño del cargo sin la diligencia prevista por la ley.

c) Nombrar nuevos patronos, previa autorización judicial, en el supuesto previsto en el artículo 13.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

d) Impugnar los actos y acuerdos del patronato que sean contrarios a la ley o a los estatutos.

e) Instar de la autoridad judicial la intervención de la fundación cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 42 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

f) Dictar una resolución motivada y trasladar la documentación oportuna al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente cuando encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de una fundación, y comunicarlo simultáneamente a ésta.

g) Velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la disposición adicional segunda de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, en su redacción dada por la disposición adicional primera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

CAPÍTULO IX

El Consejo Superior de Fundaciones

Artículo 49. *Naturaleza y estructura.*

1. El Consejo Superior de Fundaciones es un órgano colegiado de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Administraciones Públicas, e integrado por

representantes de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas y de las fundaciones.

2. El Consejo Superior de Fundaciones funcionará en Pleno, en Comisión Permanente y mediante la Comisión de Cooperación e Información Registral.

Artículo 50. *Funciones.*

1. Serán funciones del Consejo Superior de Fundaciones:

a) Asesorar e informar sobre cualquier disposición legal o reglamentaria de carácter estatal que afecte directamente a las fundaciones, así como formular propuestas en este ámbito. Asimismo, deberá informar sobre tales asuntos cuando le sean consultados por los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas.

b) Planificar y proponer las actuaciones necesarias para la promoción y fomento de las fundaciones y realizar los estudios precisos al efecto.

c) Las demás que le puedan atribuir las disposiciones vigentes.

2. El Registro de fundaciones de competencia estatal, así como los departamentos que ejerzan el protectorado de las fundaciones de competencia estatal, facilitarán al Consejo Superior de Fundaciones cuanta documentación e información relativa a las fundaciones sea necesaria para el debido ejercicio de sus funciones.

Artículo 51. *Pleno del Consejo.*

1. El Pleno del Consejo Superior de Fundaciones estará constituido por el presidente, un vicepresidente, un secretario y los vocales que se determinan en el apartado 4.

2. Actuará como presidente el Ministro de Administraciones Públicas.

3. Será vicepresidente el Secretario General para la Administración Pública del Ministerio de Administraciones Públicas.

4. Serán vocales del Pleno del Consejo:

a) 10 representantes, con categoría, al menos, de director general, designados por el presidente del Consejo, a propuesta, cada uno de ellos, de los Ministros de Justicia, de Economía y Hacienda, de Educación y Ciencia, de Trabajo y Asuntos Sociales, de Industria, Turismo y Comercio, de Agricultura, Pesca y Alimentación, de la Presidencia, de Administraciones Públicas, de Cultura y de Medio Ambiente.

b) 10 representantes de las comunidades autónomas, designados por el presidente del Consejo, a propuesta de aquéllas, previo acuerdo en la Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas.

c) 10 representantes de las fundaciones, designados por el presidente del Consejo para un período de cuatro años. Dichos representantes serán propuestos:

1.º Cinco por las asociaciones de fundaciones, correspondiendo tres representantes a asociaciones de fundaciones con implantación estatal, y otros dos a asociaciones de fundaciones de ámbito autonómico.

2.º Cinco por las fundaciones no integradas en asociaciones, cualquiera que sea su ámbito.

5. Podrán asistir a las reuniones del Pleno, con voz y sin voto, los expertos que se consideren necesarios, previa convocatoria del presidente.

6. Actuará como secretario, con voz pero sin voto, un funcionario del Ministerio de Administraciones Públicas con rango de subdirector general, designado por el Ministro.

Artículo 52. *Vocales representantes de las fundaciones.*

1. El Ministerio de Administraciones Públicas efectuará una convocatoria pública para la propuesta de candidatos y aprobará las normas relativas a su elección.

2. Para proponer candidatos, tanto las asociaciones como las fundaciones deberán cumplir y acreditar los siguientes requisitos:

a) Encontrarse debidamente inscritas en el registro correspondiente.

b) Encontrarse al corriente de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social.

c) En el caso de las fundaciones, haber cumplido sus obligaciones en materia de presentación de las cuentas anuales y del plan de actuación, o los documentos equivalentes en cada comunidad autónoma.

Los candidatos propuestos deben contar con plena capacidad de obrar y no encontrarse inhabilitados para el ejercicio de cargos públicos.

3. Cada asociación de fundaciones, conforme a sus respectivas normas estatutarias, podrá proponer un máximo de tres representantes, si se trata de asociaciones de ámbito estatal, o un máximo de dos, si se trata de asociaciones autonómicas, y acompañará una relación nominal de las fundaciones integradas en ella.

El presidente designará como vocales del Pleno al primer candidato propuesto por cada una de las asociaciones estatales, y por cada una de las autonómicas, que cuenten en su respectivo ámbito con mayor número de fundaciones asociadas.

En el caso de que no se presentaran asociaciones en número suficiente para cubrir las cinco plazas a que se refiere este apartado, la plaza o las plazas vacantes acrecerán a las asociaciones que, dentro del mismo ámbito estatal o autonómico, hayan presentado candidatos, y se repartirán según el criterio establecido en el párrafo anterior.

4. Cada fundación, estatal o autonómica, no integrada en asociaciones podrá presentar a un único candidato. También podrán presentar candidato las fundaciones integradas en asociaciones, pero sólo serán tenidos en cuenta si la asociación a la que pertenecen no ha obtenido representación en el Pleno.

El presidente del Consejo designará como vocales a los candidatos propuestos por aquellas fundaciones que, dentro de cada uno de los grupos que a continuación se relacionan, cuenten con mayor patrimonio, entendido como total activo del balance de situación, de acuerdo con las últimas cuentas anuales depositadas:

- a) Fundaciones cuyo patrimonio no exceda de 120.000 euros.
- b) Fundaciones con un patrimonio entre 120.000 y 500.000 euros.
- c) Fundaciones con un patrimonio entre 500.000 y un millón de euros.
- d) Fundaciones con un patrimonio entre un millón y tres millones de euros.
- e) Fundaciones cuyo patrimonio sea superior a tres millones euros.

En el caso de igualdad de patrimonio, primará la prioridad en la fecha de inscripción registral de la escritura fundacional.

Si faltaran candidatos para cubrir la plaza correspondiente a uno o más de los grupos indicados, la vacante acrecerá al grupo de patrimonio inmediatamente superior, y, en el caso de no poder ser cubierta de esta forma, al inmediatamente inferior.

5. En el caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia de un vocal representante de las fundaciones, será sustituido por quien indique la asociación o fundación que le propuso.

Artículo 53. *Comisión Permanente.*

1. La Comisión Permanente estará compuesta por el vicepresidente del Consejo, que actuará como presidente, y por los siguientes vocales:

- a) Cinco vocales elegidos por los representantes de la Administración General del Estado en el Pleno, entre ellos.
- b) Cinco vocales elegidos por los representantes de las comunidades autónomas en el Pleno, entre ellos.
- c) Cinco vocales elegidos por los representantes de las fundaciones en el Pleno, entre ellos.

2. Será secretario de la Comisión Permanente el del Pleno.

3. Son funciones de la Comisión Permanente:

- a) Velar por el cumplimiento de los acuerdos adoptados por el Pleno y por las actuaciones en curso derivadas de aquéllos.
- b) Resolver las cuestiones que, con carácter de urgencia, se planteen al Consejo, y dar cuenta al Pleno de las actuaciones llevadas a cabo.
- c) Proponer asuntos a debatir al Pleno del Consejo y elevarle propuestas.
- d) Cuantos otros cometidos le sean delegados o asignados por el Pleno.

Artículo 54. *Comisión de Cooperación e Información Registral.*

1. Como órgano encargado de establecer mecanismos para la colaboración e información mutua entre los distintos registros, en particular en lo relativo a las denominaciones y a las comunicaciones sobre la inscripción y, en su caso, la extinción de las fundaciones, existirá en el Consejo Superior de Fundaciones la Comisión de Cooperación e Información Registral.

2. La Comisión de Cooperación e Información Registral estará compuesta por el director general del que dependa el Registro de fundaciones de competencia estatal, que actuará como presidente, y por los siguientes miembros:

a) Tres vocales en representación de la Administración General del Estado con rango, al menos, de subdirector general o de jefe de división, elegidos por los representantes de la Administración General del Estado en el Pleno del Consejo.

b) Tres vocales elegidos por los representantes de las comunidades autónomas en el Pleno del Consejo, entre ellos.

3. Será secretario de la Comisión de Cooperación e Información Registral el funcionario que designe el Ministro de Justicia.

4. Son funciones de la Comisión de Cooperación e Información Registral:

a) Preparar el informe o dictamen que el Pleno le solicite sobre los instrumentos de colaboración e información mutua entre los distintos registros de fundaciones.

b) Establecer las medidas o mecanismos que considere necesarios para garantizar la colaboración e información mutua entre los diferentes registros de fundaciones.

c) Constituir ponencias o grupos de trabajo para la elaboración de informes y propuestas sobre los medios que se consideren necesarios para garantizar la cooperación e información mutua entre los diferentes registros de fundaciones.

d) Informar, a solicitud del encargado de cualquier registro de fundaciones, de cuál sea el mecanismo procedente para garantizar la cooperación e información mutua entre registros, y elevar a las autoridades administrativas competentes las propuestas que considere convenientes a tales fines.

e) Establecer los criterios de actuación para el traslado de la fundación de un registro a otro diferente, en el caso de que la fundación haya cambiado el ámbito territorial en el que principalmente vaya a desarrollar sus actividades.

Artículo 55. *Funcionamiento.*

1. Por acuerdo del Pleno o de la Comisión Permanente podrán constituirse ponencias, grupos de trabajo o comités especializados para el mejor cumplimiento de sus fines.

2. El Consejo Superior de Fundaciones se regirá por sus propias normas de funcionamiento y por lo dispuesto en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. La participación en el Consejo Superior de Fundaciones tiene carácter honorífico y no dará derecho a retribución alguna, salvo, en su caso, las compensaciones que correspondan en aplicación de lo previsto en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.

Disposición adicional primera. *Fundaciones laborales.*

A los efectos de este reglamento, se consideran fundaciones laborales:

a) Las creadas por pacto o concierto entre las empresas y sus trabajadores, las constituidas en virtud de acto unilateral de una empresa o de terceras personas en beneficio de los trabajadores de una o varias empresas y de sus familiares.

b) Las formadas entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de un sector o sectores determinados para el desarrollo de fines laborales.

Disposición adicional segunda. *Auditoría externa y plan de actuación de las fundaciones del sector público estatal.*

1. La Intervención General de la Administración del Estado realizará la auditoría externa a la que están obligadas las fundaciones del sector público estatal en las que concurren las circunstancias previstas en el artículo 25.5 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46.3 de dicha ley y en el artículo 168.b) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

2. El plazo de elaboración y aprobación por el patronato del plan de actuación de las fundaciones del sector público estatal finalizará el mismo día que el de tramitación del presupuesto de explotación y capital, previsto en el artículo 66 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Cuando la entidad, de acuerdo con el artículo 66.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, esté obligada a presentar un programa de actuación plurianual, las actividades detalladas en el plan de actuación serán las que se deriven del citado programa.

Las modificaciones del presupuesto de explotación y capital aprobadas por los órganos competentes, de acuerdo con lo señalado en el artículo 67.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, modificarán, a su vez, el plan de actuación.

Disposición adicional tercera. *Inventario.*

El inventario de los elementos patrimoniales de la fundación se elaborará con arreglo a lo dispuesto en las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos vigentes en cada momento.

**REAL DECRETO 1611/2007, DE 7 DE DICIEMBRE,
POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO
DEL REGISTRO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA
ESTATAL**

(BOE de 19 de enero de 2008)

La Constitución española, tras reconocer el derecho de fundación para fines de interés general (artículo 34), reserva a la ley la regulación de su ejercicio con respeto al contenido esencial del derecho (artículo 53.1). El cumplimiento de esta previsión constitucional se ha instrumentado en dos cuerpos normativos. De una parte, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que regula los aspectos sustantivos y procedimentales de estas entidades, desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal. De otra parte, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, que dicta el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, desarrollada a su vez mediante el Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. Cabe señalar, además, que las leyes 49/2002, de 23 de diciembre, y 50/2002, de 26 de diciembre, derogaron la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, que disciplinaba en un solo cuerpo legal el régimen jurídico de los entes fundacionales y las ventajas de carácter impositivo concedidas 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. Con todo, la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, fue objeto de un doble desarrollo reglamentario: de una parte, en cumplimiento de lo dispuesto en su disposición final quinta se dictó el Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Fundaciones de competencia estatal (que fue derogado por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre); de otra, en desarrollo de su artículo 36, se dictó el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal, que nunca ha llegado a funcionar en la práctica.

El marco regulador de las fundaciones se cierra ahora, desde la perspectiva normativa del Estado, haciendo uso de la habilitación reglamentaria prevista en el artículo 36 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que prevé la existencia de un Registro de Fundaciones de competencia estatal dependiente del Ministerio de Justicia, en el que se inscribirán los actos relativos a las fundaciones que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma. De forma complementaria, la disposición transitoria cuarta de la

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, prevé que en tanto dicho Registro no entre en funcionamiento, subsistirán los registros de fundaciones actualmente existentes, declaración que reitera la disposición transitoria única del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, ya aludido.

El Reglamento que se aprueba mediante el presente real decreto permite la puesta en funcionamiento del Registro de fundaciones de competencia estatal al desarrollar sus funciones, su estructura, su funcionamiento y efectos, de acuerdo con las líneas maestras enunciadas en el Capítulo VIII de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre (artículos 36 y 37). La opción de política legislativa finalmente acogida no ha sido la de un Reglamento «de mínimos», en el que sobre unas líneas básicas y esenciales de regulación entrarían a integrar o a suplementar la norma otras ya vigentes y de probada eficacia como el Reglamento Hipotecario o el Reglamento del Registro Mercantil. Por el contrario, el presente Reglamento aspira en buena técnica a ser completo, claro y de fácil manejo, lo que no significa sin embargo que se pretenda autosuficiente en el sentido de que su contenido normativo agote la totalidad de posibilidades que permite la generalidad de la ley (que puede prever, a su vez, diversos desarrollos reglamentarios específicos), sino en el sentido más realista de comprender un conjunto de disposiciones capaces de conformar un cuerpo normativo autónomo e inteligible en el contexto del grupo normativo al que pertenece.

Planteada la opción de política legislativa en estos términos, el Registro presenta una naturaleza doble. Así, mientras por un lado las fundaciones adquieren personalidad jurídica desde el momento de la inscripción registral de la escritura pública de su constitución, por otro el registro se configura como un instrumento al servicio de la Administración, y dentro de ella de los diferentes Protectorados, a los que pretende proporcionar información para el desarrollo de sus actividades y el ejercicio de sus funciones.

Esta doble naturaleza preside la entera regulación del Registro de Fundaciones de competencia estatal.

El Capítulo I contiene un conjunto de disposiciones generales que abordan desde su ámbito de aplicación hasta el objeto y la naturaleza del Registro, pasando por la determinación del régimen jurídico al que deben ajustarse los procedimientos de inscripción, el establecimiento del principio de colaboración y de otros principios registrales característicos de otros registros de personas.

El Capítulo II, relativo a la organización del Registro, se subdivide en tres secciones: la primera, destinada a cuestiones generales, se refiere a la organización administrativa, al Encargado del registro, al ámbito funcional y subjetivo del Registro, a su estructura y al sistema de hoja personal; la segunda se refiere a los libros del Registro, y la tercera a los asientos.

El Capítulo III es, entre todos, el más prolijo. Regula la inscripción de las fundaciones de competencia estatal, las delegaciones de fundaciones extranjeras y las fundaciones del sector público estatal prestando atención a los actos sujetos a inscripción, a los títulos inscribibles, a los plazos y requisitos formales de la documentación, así

como a la calificación registral, subsanación, notificación de actuaciones y publicación de los actos inscritos en el «Boletín Oficial del Estado». Junto a ello, quedan reglamentadas las primeras inscripciones, tanto de fundaciones de competencia estatal como de las delegaciones de fundaciones extranjeras y de las fundaciones del sector público estatal, así como las inscripciones posteriores y su diferente tipología.

En el Capítulo IV se regulan otras funciones del Registro, como la legalización de los libros obligatorios, el nombramiento de auditores de cuentas o el depósito y publicidad del plan de actuación y de las cuentas anuales, acompañadas de la oportuna documentación complementaria.

El Capítulo V lleva a cabo la regulación de la Sección de denominaciones del Registro, que desarrolla lo previsto en el artículo 36.3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

El Capítulo VI regula, en desarrollo del artículo 37 de la Ley 50/2002, el ejercicio de la publicidad formal que corresponde a un Registro público, previéndose a tal fin la expedición de certificaciones, notas simples informativas o copias de los asientos y documentos depositados, que habrán de ajustarse, por lo demás, a los requisitos establecidos en la normativa vigente en materia de protección de datos personales.

Finalmente, la colaboración del Registro de Fundaciones de competencia estatal con los registros de fundaciones creados en las comunidades autónomas, con los Protectorados —tanto ministeriales como autonómicos— y con el Consejo Superior de Fundaciones, es objeto de regulación en el capítulo VII del Reglamento.

Junto a todo lo anterior, el real decreto también aborda el régimen de las cargas duraderas, el régimen de las actuaciones anteriores a la entrada en funcionamiento del Registro de fundaciones de competencia estatal, el funcionamiento provisional de los registros ministeriales existentes, las reglas específicas para las fundaciones en proceso de constitución, así como de los actos pendientes de inscripción de fundaciones ya constituidas y el depósito de cuentas.

La norma deroga el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones de competencia estatal y modifica el artículo 17.2 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre. Por último, faculta al Ministro de Justicia para dictar las normas necesarias para el desarrollo del Reglamento y para acordar, junto con el Ministro de Economía y Hacienda, la entrada en funcionamiento del Registro.

En la elaboración de la presente norma han sido consultadas las entidades representativas de los sectores afectados y ha emitido informe la Agencia Española de Protección de Datos.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, con la aprobación previa de la Ministra de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 7 de diciembre de 2007, dispongo:

Artículo único. *Aprobación del reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal.*

Se aprueba el reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal cuyo texto se inserta a continuación.

Disposición adicional primera. *Régimen de las cargas duraderas.*

1. No podrán inscribirse en el Registro de fundaciones de competencia estatal nuevas cargas duraderas sobre bienes para la realización de fines de interés general, ni modificarse la inscripción de las existentes.

2. Las inscripciones de cargas duraderas actualmente vigentes se mantendrán en un libro específico del Registro de fundaciones de competencia estatal hasta que se produzca su cancelación.

Disposición adicional segunda. *Actuaciones anteriores a la entrada en funcionamiento del Registro de fundaciones de competencia estatal.*

1. Con anterioridad a su entrada en funcionamiento, se trasladarán al Registro de fundaciones de competencia estatal tanto las inscripciones practicadas en los registros estatales actualmente existentes como la documentación archivada en los mismos.

2. Con objeto de que el Registro de fundaciones de competencia estatal pueda dar inmediato cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36.3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, los registros autonómicos remitirán a aquél una lista con las denominaciones de las fundaciones inscritas y con las denominaciones sobre cuya utilización exista reserva temporal con indicación de su fecha de caducidad.

3. Se adoptarán los mecanismos necesarios, preferentemente de carácter telemático, que permitan con anterioridad a la puesta en funcionamiento del Registro, lograr la coordinación necesaria entre el Registro de fundaciones de competencia estatal y los distintos registros y protectorados, en el ámbito de la colaboración entre las Administraciones públicas.

Disposición transitoria primera. *Funcionamiento provisional de los registros ministeriales existentes.*

1. De conformidad con lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre y la disposición transitoria única del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, en tanto no entre en funcionamiento el Registro de Fundaciones de competencia estatal subsistirán los registros ministeriales actualmente existentes.

2. Tras su puesta en funcionamiento dichos registros quedarán extinguidos con la salvedad del traslado a que hace referencia la disposición transitoria segunda.

Disposición transitoria segunda. *Fundaciones en proceso de constitución y actos pendientes de inscripción de fundaciones ya constituidas.*

1. Las fundaciones en proceso de constitución, cuyo título haya sido presentado con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto, así como los actos de fundaciones ya constituidas pendientes de inscripción en los registros ministeriales en el momento de entrada en funcionamiento del Registro de fundaciones de competencia estatal, culminarán el proceso de inscripción de conformidad con la normativa anterior, incluida la resolución de los recursos que corresponda, trasladando luego el expediente completo al Registro de fundaciones de competencia estatal.

2. Salvo en los supuestos contemplados en el apartado anterior, los registros ministeriales no podrán practicar ningún otro asiento tras la entrada en funcionamiento del Registro de fundaciones de competencia estatal.

Disposición transitoria tercera. *Depósitos de cuentas.*

1. A partir de la entrada en vigor del presente real decreto, los registradores mercantiles procederán al traslado, en formato electrónico, de los depósitos de cuentas anuales consolidadas de fundaciones de competencia estatal que obren a su cargo.

2. Tras la puesta en funcionamiento del Registro de fundaciones de competencia estatal, el Protectorado depositará las cuentas anuales de las fundaciones en dicho Registro, una vez examinadas y comprobada su adecuación formal a la normativa vigente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29.2 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal respecto del depósito de las cuentas anuales consolidadas.

Disposición derogatoria única. *Derogación de normas de igual o menor rango.*

Se deroga el Real Decreto 384/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el presente real decreto.

Disposición final primera. *Modificación del Reglamento de fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre.*

El artículo 17.2 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, queda redactado del siguiente modo:

«2. Están sometidos a un régimen de comunicación, en un plazo máximo de treinta días hábiles posteriores a su realización, los siguientes actos sobre bienes o derechos que no formen parte de la dotación o que no se encuentren directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales:

a) Los actos de disposición, a título oneroso o gratuito, cuyo importe sea superior al 20 por ciento del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado.

b) Los actos de disposición o de gravamen que recaigan sobre bienes pertenecientes a alguna de las siguientes categorías:

1. Bienes inmuebles.
2. Establecimientos mercantiles o industriales.
3. Bienes declarados de interés cultural por la Administración General del Estado o por las comunidades autónomas».

Disposición final segunda. *Facultad de desarrollo.*

1. Se faculta al Ministro de Justicia para dictar las normas necesarias para el desarrollo del presente Reglamento.

2. No obstante lo anterior, la fecha de entrada en funcionamiento del Registro de fundaciones de competencia estatal se dispondrá mediante Orden conjunta del Ministro de Economía y Hacienda y del Ministro de Justicia.

3. De conformidad con lo previsto en el artículo 61.a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, podrá autorizar las transferencias de crédito que resulten procedentes desde las secciones presupuestarias donde están actualmente consignados los gastos de los registros ministeriales a la Sección 13 Ministerio de Justicia.

4. La Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones procederá a la aprobación de la nueva Relación de Puestos de Trabajo del Ministerio de Justicia derivada de lo dispuesto en el presente real decreto. Dicha aprobación irá precedida de un estudio de las necesidades de personal, así como de las dotaciones existentes en otros Departamentos que, hasta la entrada en vigor de este real decreto, realicen las funciones que ahora se asignan al Registro de Fundaciones de competencia estatal, con objeto de que la Relación de Puestos de Trabajo se efectúe por reasignación de efectivos entre los Departamentos afectados, en su caso mediante la adscripción contemplada en el artículo 61 del Reglamento General aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal el 1 de octubre de 2008.

REGLAMENTO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES DE COMPETENCIA ESTATAL

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto del Reglamento.*

Este Reglamento tiene por objeto regular el Registro de fundaciones de competencia estatal (en adelante el Registro), su organización y funciones, el procedimiento de inscripción en el mismo y sus relaciones con los Protectorados ministeriales y con los Protectorados y registros autonómicos.

Artículo 2. *Objeto del Registro.*

El Registro tiene por objeto la inscripción de las fundaciones relacionadas en el artículo 11 de este Reglamento, así como la inscripción, constancia y depósito de los actos, negocios jurídicos y documentos relativos a las mismas.

Artículo 3. *Naturaleza del Registro.*

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, las fundaciones a las que se refiere el artículo 11 de este Reglamento tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el Registro de fundaciones de competencia estatal.

2. Sin perjuicio de la obligatoriedad de su inscripción, las delegaciones de fundaciones extranjeras se regirán, en orden a su constitución, por su ley personal.

Artículo 4. *Régimen jurídico.*

Los procedimientos de inscripción en el Registro se ajustarán a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el presente Reglamento.

Artículo 5. *Acceso al Registro.*

1. El Registro es público para quienes tengan interés en conocer su contenido.

El derecho de acceso al Registro se ejercerá teniendo en cuenta las previsiones que al respecto se contienen en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. La publicidad del Registro no alcanza a los datos referidos a los domicilios de las personas, estado civil y otros datos de carácter personal que consten en la documentación de cada fundación, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Artículo 6. *Principio de colaboración.*

1. El principio de colaboración informará las relaciones entre el Registro y los protectorados ministeriales, para el eficaz cumplimiento de las competencias que tienen atribuidas, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VII de este Reglamento.

2. El mismo principio informará la relación entre el Registro y los registros y protectorados autonómicos.

Artículo 7. *Principios registrales.*

El Registro en el ejercicio de su función de inscripción queda sometido a los siguientes principios:

a) Titulación pública: la inscripción en el Registro se practicará, con carácter general, en virtud de documento público conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de este Reglamento.

b) Legalidad: el Encargado del Registro calificará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulte de ellos y de los asientos registrales.

c) Legitimación: el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial o, en su caso, resolución administrativa, de su inexactitud o nulidad. La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

d) Fe pública: la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a Derecho.

e) Principio de prioridad: inscrito cualquier título en el Registro, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él.

El documento que acceda primeramente al Registro será preferente sobre los que accedan con posterioridad, debiendo el Encargado del Registro practicar las operaciones registrales correspondientes según el orden de presentación.

f) Tracto sucesivo:

1.º Para inscribir actos o contratos relativos a un sujeto inscribible será precisa la previa inscripción del sujeto.

2.º Para inscribir actos o contratos modificativos o extintivos de otros otorgados con anterioridad será precisa la previa inscripción de éstos.

3.º Para inscribir actos o contratos otorgados por apoderados o administradores será precisa la previa inscripción de éstos.

g) Publicidad formal: El Registro es público y corresponde al Encargado del Registro el tratamiento del contenido de los asientos registrales, de modo que se haga efectiva su publicidad directa y se garantice, al mismo tiempo, la imposibilidad de su manipulación o televaciado.

Esta publicidad se realizará de acuerdo con lo establecido en el capítulo V de este Reglamento.

CAPÍTULO II

Organización del Registro*Sección 1.ª Cuestiones generales***Artículo 8.** *Organización administrativa.*

1. El Registro dependerá orgánicamente del Ministerio de Justicia y estará adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.
2. Radicará en Madrid y tendrá carácter único para todo el territorio del Estado.
3. El Registro funcionará como una única instancia en sus relaciones con los protectorados ministeriales y con los registros autonómicos.

Artículo 9. *Encargado del Registro.*

1. El titular de la Dirección General de los Registros y del Notariado será el Encargado del Registro.
2. Contra sus resoluciones se podrá interponer recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Justicia en la forma y plazos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 10. *Funciones del Registro.*

1. Son funciones del Registro:
 - a) La inscripción de las fundaciones relacionadas en el artículo 11 de este Reglamento y de los actos relativos a ellas que determinan la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal y el presente Reglamento.
 - b) La legalización de los libros obligatorios de las fundaciones relacionadas en el artículo 11 de este Reglamento.
 - c) El nombramiento de auditores de cuentas.
 - d) El depósito y publicidad del plan de actuación y de las cuentas anuales, acompañadas, cuando proceda, del informe de auditoría y del informe anual sobre el grado de cumplimiento de los códigos de conducta para la realización de inversiones temporales, a que se refiere el artículo 25 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal, así como cualquier otro documento que disponga la normativa vigente.

La publicidad a la que se refiere esta letra se entiende sin perjuicio de la que corresponde al Protectorado de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.d) del Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre.
 - e) La expedición de certificaciones sobre denominaciones, y de certificaciones y notas sobre los asientos y documentos que obren en el Registro.
 - f) La determinación del protectorado de la fundación.

g) La evacuación de consultas, cuando a juicio del Encargado del Registro sean de interés general y no supongan una precalificación de los actos, negocios o documentos.

h) Cualquier otra función que le atribuya la normativa vigente.

2. En el ejercicio de sus atribuciones, el Registro podrá solicitar la información o asistencia de los órganos y entidades de la Administración General del Estado o de las comunidades autónomas que ejerzan funciones de registro y protectorado.

Artículo 11. *Sujetos inscribibles.*

Deben inscribirse en el Registro:

a) Las fundaciones, incluso laborales, que desarrollen su actividad en todo el territorio del Estado o principalmente en el territorio de más de una comunidad autónoma.

b) Las delegaciones de fundaciones extranjeras que tengan el mismo ámbito de actuación.

c) Las fundaciones del sector público estatal, con independencia del ámbito territorial de actuación de las mismas.

Artículo 12. *Estructura del Registro.*

1. El Registro llevará los siguientes libros:

a) Libro diario.

b) Libro de inscripciones.

c) Libro de legalizaciones.

d) Libro de planes de actuación y cuentas anuales.

e) Libro de nombramiento de expertos independientes y auditores de cuentas.

Los libros serán de hojas móviles y podrán llevarse en soporte informático con las garantías que determine el Ministerio de Justicia. A tal fin, se implantarán las medidas de seguridad establecidas en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

2. El Encargado del Registro establecerá la organización interna del mismo, pudiendo acordar la llevanza de otros libros o archivos auxiliares.

3. En el Registro se llevará un índice informatizado en el que constará la denominación de todas las fundaciones de nacionalidad española y de todas las delegaciones de fundaciones extranjeras que realicen actividades en territorio español, constituidas conforme prevé el artículo 7 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

4. Los datos que se reciban de los registros autonómicos se archivarán en soporte informático.

Artículo 13. *Sistema de hoja personal.*

El Registro se llevará mediante el sistema de hoja personal. Abrirán hoja registral la constitución de una fundación y el establecimiento en España de la delegación de una fundación extranjera. A cada nueva hoja se le dará número propio.

*Sección 2.ª Los Libros***Artículo 14.** *Libro diario.*

1. El Diario de presentación podrá llevarse en libros encuadernados y foliados o en libros de hojas móviles. En ambos casos, los folios útiles estarán numerados correlativamente en el ángulo superior derecho.

2. Cada folio del Diario contendrá un margen blanco para extender en él las notas marginales que procedan, separado del resto por dos líneas verticales formando columna en la que se consignará el número del asiento.

Las notas de calificación que deban practicarse al margen del asiento de presentación podrán extenderse en un libro independiente. En ese caso se consignará al margen de aquel asiento la oportuna nota de referencia.

3. En la parte superior de cada folio se imprimirán, en su lugar respectivo, los siguientes epígrafes: notas marginales, número de los asientos y asientos de presentación.

Artículo 15. *Libros de inscripción.*

En el Libro de inscripción se harán constar los siguientes datos para la identificación de las fundaciones:

- a) Denominación de la fundación.
- b) Domicilio fundacional.
- c) Ámbito territorial de actuación.
- d) Fines fundacionales.
- e) Dotación.
- f) Asimismo en el ángulo superior derecho de la hoja constará el número de inscripción de la fundación.

Artículo 16. *Libro de legalizaciones.*

El Libro de legalizaciones se llevará mediante la apertura de una hoja para cada fundación en las que se hará constar su denominación y su número de inscripción, la clase de libro legalizado, el número dentro de cada clase y la fecha de legalización.

Artículo 17. *Libro de planes de actuación y cuentas anuales.*

El Libro de planes de actuación y cuentas anuales se llevará mediante hojas individualizadas para cada fundación en las que se hará constar su denominación y su

número de inscripción, tipo de documento depositado, fecha de depósito y ejercicio económico al que corresponda.

Artículo 18. *Libro de nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas.*

En el Libro de nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas constará el nombre y los datos de la fundación, el nombre del experto o del auditor, la fecha de su nombramiento y los datos de presentación de la instancia en el Libro diario.

Sección 3.^a Los Asientos

Artículo 19. *Clases de asientos.*

En los libros de Registro se practicarán los siguientes asientos:

- a) Asiento de presentación
- b) Inscripciones
- c) Anotaciones preventivas
- d) Cancelaciones
- e) Notas marginales

Artículo 20. *Ordenación de los asientos.*

1. Las inscripciones y sus cancelaciones, extendidas en los Libros de inscripciones, se practicarán en la columna de la derecha destinada a los asientos, a continuación una de otra y se enumerarán de forma correlativa mediante guarismos.

2. Las anotaciones preventivas y sus cancelaciones se practicarán en la forma señalada para las inscripciones y sus cancelaciones, si bien se señalarán por letras siguiendo un riguroso orden alfabético.

3. Las notas marginales se practicarán en el margen izquierdo de la hoja registral y se expresará clara y sucintamente la relación que tengan con la inscripción registral a la que vengán referidas.

Artículo 21. *Redacción de los asientos.*

1. Los asientos del Registro se redactarán en lengua castellana ajustados a los modelos oficiales aprobados y a las instrucciones impartidas por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2. La extensión de los asientos se hará de forma sucinta, remitiéndose el archivo correspondiente donde conste el documento objeto de inscripción.

3. Cuando en un asiento deban hacerse constar datos o circunstancias idénticos a los que aparezcan en otro asiento de la misma hoja registral, éstos podrán omitirse haciendo referencia suficiente al practicado con anterioridad.

4. Los asientos se practicarán a continuación unos de otros, inutilizando mediante una raya los espacios en blanco de las líneas que no fueran escritas por entero.

Artículo 22. *Contenido de los asientos.*

Los asientos de inscripción, de cancelación o de anotación preventiva contendrán, al menos, las siguientes circunstancias:

- a) Acta de inscripción o declaración formal de quedar practicado el asiento.
- b) Naturaleza, clase, lugar y fecha del documento.
- c) Datos de su autorización o expedición, así como el nombre del Notario autorizante o el Juez o funcionario que lo expide en el caso de los documentos públicos o el nombre de las personas que suscriben los documentos privados.
- d) Fecha del asiento y firma del Encargado del Registro.

Artículo 23. *Constancia de la identidad.*

1. Cuando en los asientos haya de hacerse constar la identidad de una persona física, se consignarán:

- a) El nombre y apellidos.
- b) El estado civil.
- c) La mayoría de edad. Tratándose de menor de edad, se indicará su fecha de nacimiento y, en su caso, la condición de emancipado.
- d) La nacionalidad, cuando se trate de extranjeros.
- e) El domicilio, expresando la calle y número o el lugar de situación, la localidad y el municipio.
- f) Número del Documento Nacional de Identidad. Tratándose de personas que carezcan de la nacionalidad española se expresará su Número de Identidad de Extranjero, o, en su defecto, el de su pasaporte.
- g) En todo caso, se consignará el número de identificación fiscal, cuando se trate de personas que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria.

2. Para la identificación de las personas jurídicas se hará constar:

- a) La razón o denominación social.
- b) La nacionalidad, si fueran extranjeras.
- c) El domicilio, expresado en los mismos términos que para la persona física.
- d) El número de identificación fiscal, cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria.

CAPÍTULO III

Inscripción de las fundaciones y de sus actos**Artículo 24.** *Actos sujetos a inscripción.*

1. Se inscribirán en el Registro los siguientes actos:
 - a) La constitución de la fundación y los desembolsos sucesivos de la dotación inicial.
 - b) El aumento y la disminución de la dotación.
 - c) El acuerdo del Patronato de la fundación por el que se determina el número exacto de patronos, cuando no lo determinen los Estatutos de la fundación.
 - d) El nombramiento y aceptación, renovación, sustitución, suspensión y cese, por cualquier causa, de los miembros del Patronato, o de los cargos del mismo.
 - e) Los poderes generales y las delegaciones de facultades otorgadas por el Patronato así como su modificación y revocación. La inscripción de poderes especiales tendrá carácter potestativo para la fundación.
 - f) La creación, modificación y supresión de los órganos previstos en el apartado 2 del artículo 16 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, así como el nombramiento, aceptación, renovación, sustitución, suspensión y cese de sus miembros.
 - g) El nombramiento por el Protectorado de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación en el supuesto previsto en el artículo 18.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.
 - h) La designación de expertos independientes y de auditores de cuentas.
 - i) La modificación o nueva redacción de los Estatutos de la fundación.
 - j) La creación o supresión de delegaciones de fundaciones extranjeras y la designación de los representantes de la fundación en aquéllas, así como los poderes o facultades que se les confieran y su modificación o revocación.
 - k) La fusión de las fundaciones, ya sea constituyendo una nueva, ya incorporando una a otra ya constituida, y la extinción, en su caso, de las fundaciones fusionadas.
 - l) La resolución judicial que, conforme al artículo 42 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, autorice la intervención temporal de la fundación y la asunción por el Protectorado de las atribuciones legales y estatutarias del Patronato, con expresión del plazo fijado por el Juez y, en su caso, de la prórroga de éste, la cual podrá constar asimismo en anotación preventiva.
 - m) Cualquiera de las circunstancias a que se refiere el artículo 32.3 de este Reglamento.
 - n) La interposición de la acción de responsabilidad contra todos o algún patrono, cuando lo ordene el Juez al admitir la demanda, y la resolución judicial que se dicte al efecto que podrá hacerse constar asimismo en anotación preventiva.

o) El acuerdo de extinción ratificado por el Protectorado o, en su caso, la resolución judicial de extinción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32.4, de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, así como en el artículo 38.4 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

p) La liquidación de la fundación, que incluirá la acreditación del destino dado a los bienes y derechos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.7 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

q) Cualquier otro acto que la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, el presente Reglamento u otras disposiciones vigentes declaren inscribibles.

Artículo 25. *Títulos inscribibles.*

1. La inscripción en el Registro de los sujetos previstos en el artículo 11 de este Reglamento se practicará, con carácter general, en virtud de escritura pública.

Quien presente el título a inscripción deberá acreditar representación escrita de los órganos de la fundación.

2. Cuando la fundación se constituya por acto «mortis causa», el testamento que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 10 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, será título bastante para la inscripción. Si 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 fundacional que contenga los restantes requisitos se otorgará por las personas previstas en el artículo 9.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, que incorporará el testamento.

En ambos casos se acompañará, además, los certificados de defunción y de últimas voluntades del causante.

3. La aceptación del cargo de patrono o de miembro de los órganos previstos en el artículo 16.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre ar. 16, así como la renuncia al cargo, se inscribirá utilizando para ello cualquiera de las vías previstas en el artículo 15.3 de dicha Ley.

4. El aumento de la dotación mediante aportación del fundador, de un patrono o de un tercero, deberá constar necesariamente en escritura pública, acreditándose, además, ante el Notario autorizante la realidad de la aportación, así como la manifestación de la voluntad del aportante de que aquella se integre en la dotación. No obstante, cuando el aumento de la dotación responda a la asignación contable de efectivo, mediante un traspaso de cuentas, la formalización de la operación se podrá realizar mediante certificación del acuerdo del Patronato, con las firmas legitimadas notarialmente, acompañada del balance que haya servido de base al acuerdo adoptado.

En el caso de disminución de la dotación, será preciso, además, acreditar la autorización previa del Protectorado para realizar el acto de disposición que haya dado lugar a la misma.

5. Los actos que procedan de resolución judicial o administrativa se inscribirán a través del correspondiente documento judicial o administrativo.

Artículo 26. *Plazo de solicitud de inscripción.*

1. La inscripción de los actos mencionados en el artículo 24 de este Reglamento deberá solicitarse por el órgano de gobierno de las fundaciones al Registro en el plazo de un mes a contar desde su adopción, o de la autorización administrativa o judicial cuando ésta sea necesaria.

2. Si la fundación hubiese sido constituida en testamento que deba ser adverado judicialmente, dicho plazo se contará a partir de su protocolización notarial.

A tal efecto el Notario autorizante del acta de protocolización remitirá al Encargado del Registro copia autorizada electrónica de dicho instrumento.

3. Si la fundación se ha constituido en testamento notarial, su inscripción habrá de ser solicitada en el plazo de seis meses desde la muerte del testador, o desde la delación, acompañando copia autorizada del mismo así como los certificados de defunción y de últimas voluntades.

El heredero y, en su caso, el ejecutor testamentario serán responsables de los perjuicios que se deriven del incumplimiento de esta obligación.

4. Se estará a lo dispuesto en la legislación notarial en cuanto a las comunicaciones de los Notarios que autoricen documentos relativos a actos de última voluntad o manifestaciones de herencia en los que se constituya una fundación «mortis causa».

5. Las comunicaciones notariales con el Registro serán telemáticas.

6. El incumplimiento de los plazos señalados en los apartados anteriores se pondrá en conocimiento del Protectorado, que a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá ejercer las acciones que le confiere el artículo 35.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

Artículo 27. *Requisitos formales de la documentación.*

1. Al Registro tienen acceso los documentos que reúnan las formalidades establecidas legalmente para su validez y recojan suficientemente los hechos o actos que han de ser objeto de inscripción, con arreglo a la normativa vigente.

2. A la copia autorizada de la escritura pública en la que se consignarán las correspondientes notas y diligencias por el Encargado del Registro se acompañará copia simple para su depósito. En lo posible serán utilizadas copias simples notariales electrónicas.

3. Los documentos no notariales se presentarán por duplicado, y si fuera posible, acompañados del correspondiente soporte informático, quedando uno de los ejemplares archivado en el Registro. El otro ejemplar será devuelto al interesado con nota relativa a las diligencias practicadas.

Artículo 28. *Calificación e inscripción registral. Subsanación y plazos.*

1. El encargado del Registro calificará la legalidad de la forma extrínseca de los documentos inscribibles, y su validez material, por lo que resulte de ellos y, en su caso, de los asientos del Registro y solicitará del Protectorado, una vez clasificada la fundación, y siempre que se trate de la primera inscripción, la emisión de informe sobre la idoneidad de los fines y sobre la adecuación y suficiencia dotacional.

La petición del informe al que se hace referencia en el párrafo anterior, así como su recepción, deberá ser comunicada a los interesados.

El Encargado del Registro podrá solicitar igualmente al Protectorado un informe sobre la adecuación a la normativa vigente de los Estatutos de la fundación que pretenda la inscripción en el Registro.

2. Conforme establece el artículo 11.2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, toda disposición o manifestación de la voluntad del fundador que sea contraria a la Ley se tendrá por no puesta, salvo que afecte a la validez constitutiva de aquélla. En este último caso, no procederá la inscripción de la fundación en el Registro.

3. Si la calificación fuera desfavorable por defectos de forma, se requerirá a los interesados para que subsanen las deficiencias dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, que será de tres meses, con indicación de que si así no lo hicieran, se les tendrá por desistidos de su solicitud, previa resolución dictada al efecto, que se notificará a los interesados. Asimismo se procederá a anotar en el expediente informático abierto a la fundación que, por defectos subsanables observados en la calificación, se abre un plazo para su subsanación.

Mediante segunda anotación registral se hará constar que los defectos han sido subsanados o, en su caso, que ha transcurrido el plazo para hacerlo, haciéndose referencia a la resolución que a tal efecto se dicte.

4. Con base en todo lo actuado el Encargado del Registro adoptará la decisión que corresponda.

5. Se dictará resolución motivada denegando la inscripción, que se notificará a los interesados, en los supuestos siguientes:

a) Cuando el informe del Protectorado a que se refiere el apartado 1 de este artículo sea desfavorable.

b) Cuando se aprecien defectos en la validez de los documentos presentados.

6. Si no se apreciaran defectos, el Encargado del Registro practicará la inscripción en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de presentación del título en el Registro. El Encargado del Registro procederá a calificar dentro del primer mes a contar desde la misma fecha.

Artículo 29. *Notificación de las actuaciones.*

1. El Registro notificará la inscripción o, en su caso, la denegación o suspensión, a quien hubiera presentado el título.

2. El Encargado del Registro remitirá a quien hubiera presentado el título la resolución administrativa o le comunicará que la anotación correspondiente ha sido practicada, junto a uno de los ejemplares de la documentación presentada con diligencia expresiva del número asignado a la fundación, si se trata de la primera inscripción así como el número del asiento, la fecha y hoja registral, en cualquier caso.

3. El plazo máximo para notificar la resolución será de seis meses cuando se trate de la primera inscripción, modificación o nueva redacción de estatutos, fusión y extinción de la fundación y de tres meses para el resto, contados ambos plazos desde la fecha de recepción de la solicitud en el Registro de Fundaciones de competencia estatal.

4. El cómputo del plazo para notificar la resolución expresa se suspenderá de acuerdo con lo establecido en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

5. Transcurridos los plazos señalados en el número anterior sin notificación de la resolución, podrá entenderse estimada la solicitud de inscripción correspondiente. En tal caso la resolución expresa posterior a la producción del acto que debe dictar la Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sólo podrá ser confirmatoria de dicho acto, conforme dispone el artículo 43.4.a) de dicha Ley.

6. Igualmente, por el procedimiento de comunicación telemática que reglamentariamente se establezca entre el Registro y los Protectorados, el Registro notificará de oficio al órgano competente del Protectorado todas las inscripciones de cada fundación cuando se trate de actos que requieran la previa intervención de aquél.

Artículo 30. *Publicación en el BOE.*

1. Serán publicadas en el BOE las resoluciones de inscripción registral que se refieran a:

- a) La constitución de fundaciones
- b) La fusión de fundaciones
- c) Las modificaciones estatutarias
- d) La cancelación de las fundaciones tras haber finalizado el procedimiento de liquidación.

2. La Dirección General de los Registros y del Notariado podrá establecer un sistema de publicación conjunta y periódica de las circunstancias señaladas en el apartado anterior con la finalidad de simplificar el proceso de publicación.

Artículo 31. *Primera inscripción de fundaciones.*

1. La solicitud de inscripción en el Registro de la primera inscripción de una fundación deberá acompañarse de la escritura de constitución de la fundación o testamento donde conste la voluntad fundacional, con el contenido exigido por el artículo 10 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

2. La primera inscripción de la fundación comprenderá, al menos, las siguientes circunstancias:

- a) Denominación y Número de Identificación Fiscal de la fundación
- b) Fines de interés general que persiga la fundación.
- c) Domicilio.
- d) El nombre, apellidos, edad y estado civil de los fundadores, si son personas físicas, y la razón o denominación social, si son personas jurídicas, y en ambos casos la nacionalidad, el domicilio y el número de identificación fiscal respectivamente.
- e) Estos mismos datos de los dotantes, en caso de ser distintos de los fundadores.
- f) Dotación, su valoración, así como la forma y realidad de su aportación.
- g) Estatutos de la fundación.
- h) Identificación de las personas que integran el Patronato, de quienes ostenten los cargos de Presidente y Secretario, y de las personas que integren, en su caso, otros órganos de gobierno, su aceptación si se efectúa en el momento fundacional, cargo que ostentan, duración del mandato, delegaciones o apoderamientos generales.
- i) Notario o autoridad judicial o administrativa que autorice o expida el título que se inscriba, y la fecha y en su caso número de protocolo del mismo.
- j) La fecha de emisión del informe del Protectorado sobre fines y suficiencia dotacional al que se refiere el apartado siguiente de este artículo.
- k) La identificación y autorización del Encargado del Registro y la fecha de la inscripción en el Registro.

3. El Encargado del Registro solicitará del Protectorado correspondiente el informe preceptivo sobre la idoneidad de los fines y la adecuación y suficiencia de la dotación. Si el informe fuera favorable, la inscripción sólo podrá ser denegada cuando la escritura constitutiva no se ajuste a las demás prescripciones establecidas en la normativa aplicable.

El Protectorado remitirá, por propia iniciativa o a petición del Encargado del Registro, un informe no vinculante sobre la adecuación de los Estatutos a la normativa vigente, que podrá ser tenido en cuenta en la calificación de la inscripción de la fundación.

4. Cuando el Encargado del Registro encuentre indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de una fundación, dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente y comunicando esta circunstancia a la fundación interesada. El procedimiento de inscripción quedará suspendido hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

Artículo 32. *Primera inscripción de las delegaciones de fundaciones extranjeras.*

1. La primera inscripción de delegaciones de fundaciones extranjeras en territorio español se hará mediante los documentos, debidamente legalizados o apostilla-

dos, que acrediten la existencia de la fundación, sus Estatutos vigentes y la identidad de los titulares de sus órganos de gobierno, así como el documento por el que se establezca la delegación, de acuerdo con el principio de equivalencia de forma. Asimismo se aportará el informe del Protectorado sobre la idoneidad de los fines.

El Protectorado remitirá, por propia iniciativa o a petición del Encargado del Registro, un informe no vinculante sobre la adecuación de los Estatutos a la normativa vigente, que podrá ser tenido en cuenta en la calificación de la inscripción de la delegación.

2. El Encargado del Registro únicamente podrá denegar la inscripción de la delegación de fundación extranjera en los siguientes supuestos:

a) Cuando la fundación no acredite estar válidamente constituida con arreglo a su ley personal.

b) Cuando el establecimiento de la delegación no haya sido acordado por los órganos competentes de la fundación extranjera.

c) Cuando la delegación de fundación extranjera no vaya a realizar sus actividades principalmente en todo el territorio español o en el territorio de más de una comunidad autónoma.

d) Cuando el Protectorado aporte un informe desfavorable sobre el interés general de sus fines.

3. La primera inscripción de la delegación de la fundación extranjera comprenderá, además de la denominación de la fundación y la identidad de los titulares de sus órganos de gobierno, las siguientes circunstancias relativas a la delegación:

a) Cualquier mención que, en su caso, la identifique, que deberá integrar la expresión «Delegación de la fundación».

b) El domicilio.

c) Las actividades que, en su caso, se le hubiesen encomendado.

d) La identidad de los representantes nombrados con carácter permanente para la delegación, con expresión de sus facultades.

e) La fecha de emisión del informe del Protectorado sobre fines.

Artículo 33. *Inscripciones posteriores.*

1. Las inscripciones sucesivas han de reflejar los actos que afecten a la fundación y las cargas duraderas inscritas en los registros públicos correspondientes de los bienes y derechos que integren la dotación o de los que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, con indicación del título, la fecha y la persona que lo autoriza. En la inscripción de estos actos debe figurar la identificación y autorización del Encargado del Registro.

2. La inscripción de estos actos se efectuará mediante la presentación de la solicitud acompañada de la documentación correspondiente a los actos sujetos a inscripción.

Artículo 34. *Inscripción de modificaciones estatutarias.*

1. La solicitud de inscripción de modificaciones estatutarias, se acompañará de los siguientes documentos:

a) Copia autorizada de la escritura pública de modificación estatutaria que incorporará el acuerdo del Patronato en el que conste la voluntad de modificar el texto estatutario y la conveniencia de su modificación y la redacción literal de los Estatutos modificados.

b) Copia compulsada del escrito de comunicación al Protectorado del acuerdo del Patronato sobre la modificación estatutaria.

c) En el supuesto de modificación estatutaria acordada judicialmente, a propuesta del Protectorado, se presentará el testimonio de la resolución judicial adoptada.

2. Una vez recibido del Protectorado el informe de no oposición a la modificación estatutaria o transcurridos tres meses desde la notificación al mismo del acuerdo del Patronato sobre la modificación estatutaria, el Registro efectuará, en su caso, la inscripción registral. Si el Registro recibiera notificación del Protectorado por la que se haga constar un informe de oposición a la modificación, se denegará la inscripción.

3. El asiento de inscripción hará referencia a los artículos modificados o adicionados, así como en su caso, mención de los que se suprimen o se sustituyen.

Artículo 35. *Inscripción del nombramiento, sustitución y suspensión de los patronos.*

1. La solicitud de inscripción del nombramiento de los patronos de la fundación, así como de su sustitución, irá acompañada del documento que acredite el nombramiento y la aceptación expresa del cargo.

2. El asiento de inscripción del nombramiento de patronos hará constar:

a) Si los patronos fueran personas físicas, los nombres, apellidos, el número del Documento Nacional de Identidad, o el Número de Identidad de Extranjero en el caso de personas que carezcan de la nacionalidad española, así como la nacionalidad y el domicilio.

b) Si los patronos fueran personas jurídicas, la razón o denominación social, el Número de Identificación Fiscal así como la nacionalidad y el domicilio.

c) El cargo que ostentan en el Patronato.

d) La fecha de la aceptación formal del cargo.

e) La duración del mandato, si el nombramiento fuera por tiempo determinado.

3. En el supuesto de patronos que sean personas jurídicas, la aceptación formal del cargo deberá efectuarse por el órgano que tenga atribuida dicha facultad, que designará a la persona física que le vaya a representar en el Patronato.

4. En la aceptación formal de los patronos designados por razón del cargo que ocuparen se deberá informar al Registro de fundaciones de competencia estatal sobre la identidad del cargo a quien corresponda su sustitución.

5. La inscripción de la suspensión de los patronos se practicará de oficio cuando tal suspensión haya sido acordada cautelarmente por el Juez, una vez recibida en el Registro la correspondiente resolución judicial.

Artículo 36. *Inscripción del cese de los patronos.*

1. La inscripción del cese de los patronos por muerte, declaración judicial de fallecimiento o extinción de la persona jurídica, se practicará a instancia del Patronato o de cualquier interesado, en virtud de certificación del Registro Civil o, en su caso del Registro Mercantil.

2. La inscripción del cese de los patronos por incapacidad, inhabilitación o incompatibilidad, se practicará mediante la aportación al Registro de la correspondiente resolución judicial o administrativa que declare tal circunstancia.

3. La inscripción del cese de los patronos acordado judicialmente se practicará mediante testimonio de la sentencia judicial firme.

4. Para la inscripción del cese de patronos en los supuestos que se relacionan a continuación se aportará el acta del Patronato o certificado del secretario con el visto bueno de su presidente donde se acredite la concurrencia de la causa que corresponda:

- a) Cese en el cargo por el que fue nombrado miembro del Patronato.
- b) Transcurso del período de mandato.
- c) Otras causas establecidas en los Estatutos.

5. Para la inscripción del cese por renuncia se aportará documento público o documento privado con firma legitimada notarialmente. Si la renuncia se hiciera ante el Patronato se acreditará mediante certificación expedida por el secretario con la firma legitimada notarialmente. La comparecencia ante el Registro para efectuar la renuncia será suficiente para su inscripción.

6. El asiento de inscripción del cese de los patronos hará referencia a la causa que la originó y a la fecha en que se produjo, remitiéndose expresamente en cuanto a los datos relativos al nombre, apellidos y cargo de las personas que cesan y demás circunstancias generales, al asiento registral practicado para su conocimiento.

Artículo 37. *Inscripción de los apoderamientos generales y de las delegaciones de facultades.*

1. La solicitud de inscripción de apoderamientos generales y de delegaciones de facultades irá acompañada del acuerdo del Patronato relativo al nombramiento de los apoderados generales o a la delegación de facultades así como su revocación, en uno o varios patronos.

2. El asiento de inscripción deberá contener las facultades que se delegan o la expresión de que se delegan todas las facultades legal y estatutariamente delegables así como el nombre y apellidos y demás datos de identificación, en su caso, de las personas designadas para desempeñar dichas facultades o cargos.

El asiento de inscripción no se practicará en tanto no conste la aceptación expresa de las mismas.

3. Cuando la delegación de facultades o apoderamientos se realicen en otros órganos colegiados, en la inscripción deberá hacerse remisión expresa al artículo de los Estatutos en el que esté prevista la creación de dichos órganos, así como a las funciones estatutariamente encomendadas. Para la inscripción se aportará acta certificada de la constitución de tales órganos.

Artículo 38. *Inscripción de la fusión de fundaciones.*

1. La solicitud de inscripción de la fusión de fundaciones irá acompañada de la comunicación que de la misma se haya efectuado al Protectorado, así como de la escritura pública otorgada por todas las fundaciones participantes, salvo que la fusión sea acordada judicialmente a propuesta del Protectorado, inscribiéndose, en este caso, el testimonio correspondiente.

2. Transcurrido el plazo de tres meses desde la notificación al Protectorado del acuerdo del Patronato sobre la fusión, y no constando oposición a la fusión por aquél, se procederá a su inscripción. A la nueva fundación se le abrirá hoja registral, practicándose en ella una primera inscripción en la que se recogerán los extremos legalmente exigidos para su constitución, así como las demás circunstancias del acuerdo de fusión.

3. Inscrita la fusión, se cancelarán de oficio los asientos de las fundaciones extinguidas, por medio de un único asiento, trasladando literalmente a la nueva hoja los que hayan de quedar vigentes, en su caso.

4. Si la fusión se verificara por absorción se inscribirán en la hoja abierta a la fundación absorbente las modificaciones estatutarias que, en su caso, se hayan producido y las demás circunstancias del acuerdo de fusión.

Artículo 39. *Inscripción de la extinción de fundaciones.*

1. En aquellos casos en los que la fundación se constituyera por un plazo determinado, expirado el mismo se extenderá, de oficio o a instancia de cualquier interesado, una nota al margen de la última inscripción expresando que la fundación ha quedado disuelta.

2. Para la inscripción de la extinción de las fundaciones por la realización íntegra del fin fundacional, por imposibilidad en su realización o por cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo o en los Estatutos, se aportará el acuerdo del Patronato declarando la extinción y la ratificación del Protectorado, o, en su caso, resolución judicial motivada en la que se declare la extinción.

3. Para la inscripción de la extinción por cualquier otra causa establecida en las leyes se aportará la correspondiente resolución judicial motivada.

4. El asiento de inscripción de la extinción hará referencia a la causa que la determina, a las personas encargadas de la liquidación, a las personas encargadas de la

ejecución material de los acuerdos relativos al proceso de liquidación, y a las normas que, en su caso, se hubieren acordado por el Patronato en orden a la liquidación. Igualmente constará, si procediese, la ratificación del acuerdo de extinción por el Protectorado.

Artículo 40. *Cancelación registral de las fundaciones.*

1. Se procederá a la cancelación de la hoja abierta a la fundación:

a) Cuando se produzca la extinción de pleno derecho de la misma por expiración del plazo por el que fue constituida.

b) Cuando se produzca su extinción mediante acuerdo del Patronato, que se elevará a escritura pública, y al que se incorporará la ratificación del Protectorado, en los casos previstos en las letras b), c) y e) del artículo 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

c) Cuando se produzca su extinción mediante resolución judicial motivada, en caso de que dándose los supuestos previstos de las letras b), c) y e) del artículo 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, no hubiese acuerdo del Patronato, o éste no fuese ratificado por el Protectorado, o bien en el supuesto del apartado f) de dicho artículo.

d) Cuando se suprima la delegación de fundación extranjera de acuerdo con su ley personal.

2. La escritura pública de fusión que haya sido acordada en los supuestos previstos en el artículo 30 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre o la resolución judicial que la ordene, será título suficiente para la cancelación de la hoja abierta a las fundaciones absorbidas o a las que se extingan para la creación de una nueva.

3. En los casos de alteración del ámbito territorial de actuación de la fundación que conlleve un cambio de registro, se seguirán los trámites previstos para las modificaciones estatutarias, procediendo el Encargado del Registro a notificar, de oficio, al registro autonómico correspondiente tal circunstancia para que proceda a la inscripción de la fundación en ese registro. Una vez que se notifique al Registro la inscripción señalada, se procederá a la cancelación de la hoja y al traslado, de oficio, de copia de la misma al registro autonómico competente.

Artículo 41. *Inscripción de liquidación de las fundaciones.*

1. En la inscripción del nombramiento de liquidadores, que podrá ser simultáneo o posterior al de la inscripción de la extinción de la fundación, se hará constar su identidad, el modo en que han de ejercitar sus facultades, y, en su caso, el plazo para el que han sido nombrados.

La inscripción de la liquidación hará constar los apoderamientos o delegaciones acordados por el Patronato para llevar a cabo la ejecución material de los acuerdos relativos al proceso de liquidación. Igualmente se hará constar la identidad de las personas apoderadas o en las que se haya delegado dicha ejecución.

2. La inscripción de la liquidación hará constar el destino dado a los bienes y derechos resultantes de la misma, citando expresamente las fundaciones o entidades no lucrativas privadas beneficiarias, detallando si las mismas fueron designadas en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida, si lo han sido por el Patronato al tener reconocida dicha facultad por el fundador, por los Estatutos, o por último, si la designación la ha efectuado el Protectorado.

Asimismo, deberán citarse expresamente las entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general cuando sean destinatarias de los bienes y derechos resultantes de la liquidación.

3. Inscrita la extinción y posterior liquidación de acuerdo con lo dispuesto en el número anterior, se cancelarán de oficio los asientos de la fundación extinguida.

CAPÍTULO IV

Otras funciones del Registro

Sección 1.ª Legalización de los libros

Artículo 42. *Legalización de los libros.*

1. Corresponde al Registro la legalización de los libros de las fundaciones relacionadas en el artículo 11 de este reglamento.

2. La obligación de legalización se extiende al Libro de actas, al Libro diario y al Libro de planes de actuación y de cuentas anuales.

3. La legalización de los libros tendrá lugar mediante diligencia y sello.

La diligencia, firmada por el Encargado del Registro, se extenderá en el primer folio. En la misma se identificará a la fundación, incluyendo, en su caso, sus datos registrales, expresándose la clase de libro, el número que corresponda dentro de los de la misma clase, el número de hojas y el sistema y contenido de su sellado.

El sello se pondrá en todos los folios mediante impresión o estampillado, perforación mecánica o por cualquier otro procedimiento que garantice la autenticidad de la legalización.

4. No podrán habilitarse nuevos libros si previamente no se acreditare la íntegra utilización del anterior, salvo que se hubiere denunciado la sustracción del mismo o consignado en acto notarial su extravío o destrucción.

5. Practicada o denegada la legalización de los libros, se tomará razón de esta circunstancia en la hoja de legalizaciones, extendiendo las notas oportunas al pie de la solicitud, cuya copia se devolverá al interesado acompañada de los libros legalizados. El original de la solicitud será archivado.

6. Los libros no serán legalizados hasta que se practique la primera inscripción de la fundación en el Registro.

7. La legalización de los libros deberá producirse dentro de los quince días siguientes a la presentación de la solicitud.

Artículo 43. *Requisitos de los libros para su legalización.*

1. Los libros, ya se hallen encuadernados o formados por hojas móviles, deberán estar completamente en blanco y sus folios numerados correlativamente.

2. Los libros obligatorios formados por hojas encuadernadas con posterioridad a la realización en ellas de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo deberán estar encuadernados de modo que no sea posible la sustitución de los folios. Tendrán el primer folio en blanco y los demás numerados correlativamente y por el orden cronológico que corresponda a los asientos y anotaciones practicados en ellos. Los espacios en blanco deberán estar convenientemente anulados.

3. Los libros obligatorios deberán ser presentados para su legalización antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio. Si se solicitare la legalización fuera de plazo, el Encargado del Registro lo hará constar así en la diligencia del libro y en el asiento correspondiente de la hoja de legalizaciones.

Artículo 44. *Solicitud de legalización.*

En la solicitud de legalización de los libros obligatorios constarán necesariamente los siguientes datos:

a) Nombre y apellidos del solicitante, denominación de la fundación, datos de identificación registral y domicilio. Si se tratara de personas físicas que carezcan de la nacionalidad española, deberá constar, además de los datos señalados, la nacionalidad y el Número de Identidad de Extranjero o, en su defecto, del pasaporte.

b) Relación de libros cuya legalización se solicita, con expresión de si se encuentran en blanco o si han sido formados mediante la encuadernación de hojas ya anotadas, así como el número de hojas de que se compone cada libro.

c) Fecha de apertura y, en su caso, de cierre de los últimos libros legalizados de la misma clase de aquellos cuya legalización se solicita.

Sección 2.ª Nombramiento de Auditores de cuentas y depósito de la documentación

Artículo 45. *Nombramiento de auditores de cuentas.*

1. El Encargado del Registro procederá al nombramiento de auditores de cuentas en los casos y términos previstos en el artículo 25 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, y en el artículo 31 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

2. La solicitud de nombramiento deberá recoger, al menos, las circunstancias siguientes:

a) Identificación del solicitante, con indicación de la circunstancia que le otorga legitimación para instar el nombramiento al encargado del Registro.

- b) Denominación y datos de identificación registral de la fundación, así como su domicilio.
- c) Causa de la solicitud.
- d) Fecha de la solicitud.

La solicitud deberá ir acompañada, en su caso, de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante.

3. La designación de auditor de cuentas deberá recaer en persona física o jurídica que figure inscrita en el Registro Oficial de Auditores de cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

Artículo 46. *Depósito de documentación y constancia de actos, documentos y negocios jurídicos.*

1. El Protectorado remitirá al Registro para su depósito los siguientes documentos:

a) Las cuentas anuales aprobadas por el Patronato de la fundación, una vez examinadas y comprobada por el Protectorado su adecuación formal a la normativa vigente así como el informe anual sobre el grado de cumplimiento de los códigos de conducta para la realización de inversiones temporales, a que se refiere el artículo 25 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

b) El informe de auditoría, tanto en los casos en que la fundación esté obligada a ello de conformidad con el artículo 25.5 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, como en aquellos en que cuando el Patronato haya acordado someter voluntariamente a auditoría las cuentas de la fundación.

c) El plan de actuación, en el que quedarán reflejados los objetivos y las actividades que se prevea desarrollar en el ejercicio siguiente.

Estos documentos deberán acompañarse de una certificación del acuerdo aprobatorio del Patronato, emitida por el secretario con el visto bueno del presidente, que acreditará su identidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho.

2. Una vez recibida la documentación anterior, el Registro tendrá por efectuado el depósito, practicando el correspondiente asiento, al que se hará referencia en la hoja de inscripciones de la fundación y en la documentación contable presentada, en el plazo de dos meses desde la recepción.

3. El depósito podrá realizarse en formato electrónico previa autorización de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

4. Constarán asimismo en el Registro:

a) Los nombres de dominio o direcciones de Internet registrados de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de información y del comercio electrónico.

b) Una relación de las enajenaciones o gravámenes que el Patronato remitirá anualmente al Registro, para su constancia en él, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre. La relación deberá ser suscrita por el secretario del Patronato y llevar el visto bueno del presidente.

c) Otros documentos, actos y negocios jurídicos, cuando así lo establezca la normativa vigente.

5. De conformidad con el artículo 25.7 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, la publicidad de las cuentas anuales corresponde al Registro, y cualquier persona podrá obtener información de los documentos depositados.

6. El Registro conservará en formato electrónico las cuentas anuales y documentos complementarios depositados durante seis años desde su recepción.

CAPÍTULO V

De la Sección de denominaciones

Artículo 47. *Contenido de la sección de denominaciones.*

El Registro formará un índice con las denominaciones de las fundaciones inscritas en él y las fundaciones inscritas en los registros autonómicos así como con las delegaciones de fundaciones extranjeras que realicen actividades en el territorio español.

En el índice se harán constar igualmente las denominaciones sobre cuya utilización exista reserva temporal.

Artículo 48. *Autorización de nombre o denominación.*

La autorización de uso del nombre o seudónimo de una persona física o de la denominación o acrónimo de una persona jurídica distintos del fundador, habrá de formalizarse por parte del autorizante o de su representante legal en escritura pública, a la que se acompañará solicitud de certificación de denominación negativa.

Artículo 49. *Certificación de denominación.*

1. El Encargado del Registro expedirá las certificaciones de denominación expresando en ellas exclusivamente si existe o no una denominación idéntica o semejante en el índice de denominaciones. Para ello tendrá en cuenta lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

2. En la solicitud de certificación de denominación, se hará constar, además de la denominación con la que pretende inscribirse la fundación en el Registro, los fines, actividades y su ámbito territorial tal y como constarán en los Estatutos.

3. A la vista de la solicitud, el Encargado del Registro decidirá el Protectorado competente para ejercer las funciones en el proceso de constitución. Con objeto de resolver las posibles dudas que pudieran surgir en el momento de adoptar dicha deci-

sión debido a la naturaleza de los fines, el Encargado del Registro podrá recabar el informe no vinculante de aquellos Protectorados que considere oportuno.

Artículo 50. *Certificación negativa de denominación.*

1. El Notario no podrá autorizar escritura de constitución o de modificación de denominación sin que se presente la correspondiente certificación negativa de denominación. La denominación que se exprese en la escritura pública habrá de coincidir exactamente con la que conste en la certificación negativa expedida por el Encargado del Registro.

En caso de fusión, la fundación absorbente o la nueva fundación resultante de la fusión podrán adoptar como denominación la de cualquiera de las que se extingan por virtud de la fusión, sin que resulte necesaria la aportación de la certificación negativa y quedando sin efecto las restantes denominaciones.

2. La certificación presentada al Notario autorizante deberá ser original, estar vigente y haber sido expedida a nombre de cualquiera de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sean fundadores.

En el supuesto de modificación de la denominación, la certificación será expedida a nombre de la propia fundación.

La certificación negativa tendrá una vigencia de tres meses contados desde la fecha de su expedición hasta su incorporación a su escritura de su constitución.

Caducada la certificación, el interesado podrá solicitar una nueva con la misma denominación. A la solicitud deberá acompañar la certificación caducada.

3. La certificación negativa deberá protocolizarse en la escritura matriz.

Artículo 51. *Reserva temporal de denominación.*

1. Cuando el Encargado del Registro expida una certificación negativa, incorporará provisionalmente la denominación solicitada al índice de denominaciones.

La denominación provisional registrada caducará y se cancelará de oficio cuando transcurran seis meses desde la fecha de expedición de la certificación negativa sin haberse recibido en el Registro una solicitud de inscripción de la fundación o delegación extranjera o de cambio de denominación, o una comunicación de estas circunstancias procedente de algún registro autonómico de fundaciones.

2. Una vez inscrita la fundación o una delegación de una fundación extranjera, la denominación provisional se convertirá en definitiva.

Artículo 52. *Cancelación de denominaciones.*

Las denominaciones definitivas se cancelarán en los siguientes casos:

a) En caso de cambio de denominación de una fundación, la denominación anterior caducará desde la fecha de la inscripción de la modificación en el Registro.

b) En caso de cancelación de la hoja correspondiente a una fundación o una delegación extranjera en el Registro o en cualquiera de los registros autonómicos, excepto cuando la misma obedezca al mero traslado a otro registro de fundaciones de los mencionados, con motivo de la modificación del ámbito territorial en el que principalmente vaya a desarrollar sus actividades.

CAPÍTULO VI

Publicidad del registro

Artículo 53. *Publicidad formal.*

1. El Registro es público.

2. La publicidad se hará efectiva por certificación del contenido de los asientos expedida por el Encargado del Registro, por nota simple informativa o por copia de los asientos y de los documentos depositados en el Registro preferentemente por medios telemáticos. En todo caso, la publicidad formal se ajustará a los requisitos establecidos en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal y en la específica sobre acceso a registros administrativos.

3. La información obtenida del Registro no podrá tratarse para fines que resulten incompatibles con el principio de publicidad formal que justificó su obtención. El Encargado del Registro velará por el cumplimiento de las normas vigentes en las solicitudes de publicidad en masa o que afecten a los datos personales reseñados en los asientos.

Artículo 54. *Certificaciones.*

1. Corresponderá exclusivamente al Encargado del Registro la facultad de certificar los asientos del Registro y de los documentos archivados o depositados en el mismo.

2. Las certificaciones constituyen el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro. En ningún caso podrán expedirse certificaciones sobre datos de fundaciones inscritas en otros registros de fundaciones.

3. Las certificaciones podrán solicitarse por cualquier medio que permita la constancia de la solicitud realizada y la identidad del solicitante.

4. Las certificaciones, debidamente firmadas por el Encargado del Registro, se expedirán en el plazo de cinco días contados desde la fecha en que se presente su solicitud.

Artículo 55. *Clases de certificación y de nota.*

Tanto la certificación como la nota podrán ser literales o en extracto, y referirse a todos los asientos relativos a una fundación o sólo a alguno o algunos de ellos. Podrán expedirse en formato electrónico.

Las notas se expedirán en el plazo de tres días desde su solicitud.

CAPÍTULO VII

Principio de colaboración**Artículo 56.** *Colaboración entre el Registro y los registros autonómicos.*

1. Las relaciones entre el Registro y los registros de fundaciones de las comunidades autónomas se regirán por el principio de lealtad institucional. En consecuencia, ambos registros deberán:

a) Facilitar a los otros registros de fundaciones cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a su disposición y se precisen para el ejercicio de sus propias competencias.

b) Prestar la cooperación y asistencia activas que los otros registros pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias.

2. Los intercambios de documentación y datos entre los registros de fundaciones deberán realizarse por medios telemáticos. A estos efectos, la Comisión de Cooperación e Información Registral establecerá las condiciones generales, requisitos y características técnicas de las comunicaciones y de los distintos documentos.

Artículo 57. *Flujos de información entre registros en materia de denominaciones.*

A efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el capítulo V de este Reglamento, se asegurará el flujo de información entre los registros de las comunidades autónomas y el Registro y entre éste y aquéllos, en relación con denominaciones utilizadas o meramente reservadas por las fundaciones inscritas en dichos registros.

Artículo 58. *Colaboración con los Protectorados.*

1. El Registro comunicará de oficio al Protectorado todas las inscripciones de cada fundación, cuando se trate de actos que requieran la previa intervención de aquél.

2. Siempre que sea conveniente, el Registro podrá solicitar información a los protectorados ministeriales y a los protectorados de las comunidades autónomas.

3. Se establecerán los procedimientos por los que los Protectorados puedan tener acceso a la publicidad del Registro.

Artículo 59. *Colaboración con el Consejo Superior de Fundaciones.*

1. El Registro y los departamentos que ejerzan los protectorados de las fundaciones facilitarán al Consejo Superior de Fundaciones cuanta documentación e información relativa a éstas sea necesaria para el debido ejercicio de sus funciones.

2. El Registro podrá solicitar informe al Consejo Superior de Fundaciones. La consulta versará sobre aquellos aspectos relacionados con las funciones que el Registro tiene normativamente atribuidas.

Índice general

ESTUDIOS

El régimen especial del IVA en las Fundaciones.	15
<i>Miguel Cruz Amorós</i>	
I. INTRODUCCIÓN	15
II. LA CAPTACIÓN DE LAS FUNDACIONES POR EL IVA	17
III. LOS PROBLEMAS CONCRETOS QUE PLANTEA LA NORMATIVA ESPAÑOLA DEL IVA A LAS FUNDACIONES	18
IV. POSIBLE NO SUJECIÓN GENÉRICA DE LAS OPERACIONES REALIZADAS POR LAS FUNDACIONES	19
V. APLICACIÓN DEL TIPO CERO O DE TIPOS REDUCIDOS A LAS OPERACIONES REALIZADAS POR O PARA LAS FUNDACIONES	20
VI. AMPLIACIÓN DEL REPERTORIO DE EXENCIONES APLICABLES A FUNDACIONES Y OTRAS ESFL O RENUNCIA A LAS MISMAS.	22
VII. OPERACIONES A PRECIOS REDUCIDOS.	23
VIII. LAS OPERACIONES A TÍTULO GRATUITO.	24
IX. CONCLUSIONES	27
Las fundaciones: fines de interés general, beneficiarios y cláusulas de reversión	29
<i>Jorge Caffarena Laporta</i>	
I. INTRODUCCIÓN	29
II. LOS FINES DE LA FUNDACIÓN.	30
1. <i>El esquema legal</i>	30
2. <i>La desvinculación del requisito de la «colectividad genérica» de beneficiarios de la exigencia de que el fin fundacional sea de interés general . . .</i>	34
3. <i>El interés general del fin fundacional exige en el Derecho español que las fundaciones no puedan tener como beneficiarios a personas determinadas individualmente</i>	36
4. <i>Derecho comparado</i>	41
III. EL DESTINO ÚLTIMO DE LOS BIENES DE LA FUNDACIÓN EXTINGUIDA . .	43
1. <i>Planteamiento del tema: La admisibilidad de la llamada cláusula de reversión en la Ley estatal.</i>	43
2. <i>El destino final de los bienes de la fundación extinguida en los Derechos autonómicos</i>	48
3. <i>La Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 2005 .</i>	51

La gestión de los recursos económicos de las fundaciones	59
<i>Amadeo Petitbò Juan</i>	
<i>Francisco Hernández Marcos</i>	
I. INTRODUCCIÓN	59
II. LA GESTIÓN DE LOS RECURSOS ECONÓMICOS DE LAS FUNDACIONES . .	61
III. EL RIESGO DE PÉRDIDA DEL VALOR PATRIMONIAL DE UNA FUNDACIÓN HIPOTÉTICA PERO NO IRREAL	70
IV. UN RIESGO: EL AUMENTO DE LA TASA DE VARIACIÓN ANUAL DEL IPC .	77
V. UN REMEDIO: INCREMENTAR EL RIESGO MEDIANTE UNA GESTIÓN PRUDENTE Y PROFESIONAL	80
VI. UNA CUESTIÓN ADICIONAL: FLEXIBILIZAR EL 70%	88
VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS FUNDACIONES OPERA- TIVAS	91
VIII. CONCLUSIONES	92
Protección de datos personales y fundaciones	95
<i>José Luis Piñar Mañas</i>	
I. SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PER- SONAL	95
II. LAS FUNDACIONES COMO RESPONSABLES DE FICHEROS O TRATA- MIENTOS	98
III. EL MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS.	99
IV. REFERENCIA A ALGUNAS OBLIGACIONES DE LAS FUNDACIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS	101
1. <i>Ámbito de aplicación de la normativa sobre protección de datos</i>	101
2. <i>Creación e inscripción de ficheros</i>	103
3. <i>Deber de información y obtención del consentimiento de los interesados</i> .	104
4. <i>Principios de calidad y finalidad</i>	110
5. <i>Derechos de los interesados: acceso, rectificación, cancelación y oposición</i> .	112
6. <i>Tratamiento de datos por cuenta de terceros: el encargado del tratamiento</i> . .	114
7. <i>Medidas de seguridad</i>	115
V. LOS CÓDIGOS TIPO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS	121
VI. EL RÉGIMEN SANCIONADOR	121
VII. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN RELACIÓN CON LOS FICHEROS DE LAS FUNDACIONES	124
Obligaciones y responsabilidad de los patronos	131
<i>José Miguel Embid Irujo</i>	
I. INTRODUCCIÓN	131
1. <i>Las fundaciones como «operadores económicos del mercado»</i>	131

2.	<i>La progresiva importancia del Patronato en la organización y el funcionamiento de la fundación</i>	133
II.	LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS PATRONOS	135
1.	<i>Premisa: el Patronato y su ordenación jurídica</i>	135
2.	<i>El influjo del Derecho de sociedades mercantiles de capital en la configuración del Patronato y, más ampliamente, en el régimen de las fundaciones</i>	136
3.	<i>Las obligaciones de los patronos</i>	138
A)	<i>El Patronato como ámbito «natural» de cumplimiento de las obligaciones de los patronos</i>	138
B)	<i>Breve aproximación a las concretas obligaciones de los patronos de la fundación.</i>	139
III.	RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONOS	142
1.	<i>Consideraciones generales</i>	142
2.	<i>Modos de exoneración de responsabilidad</i>	145
3.	<i>Ejercicio de la acción de responsabilidad y legitimación activa.</i>	147
IV.	CONSIDERACIONES FINALES.	149
	Las fundaciones del sector público y la legislación de contratos	153
	<i>Santiago Muñoz Machado</i>	
I.	LAS FUNDACIONES COMO ENTES PÚBLICOS INSTRUMENTALES.	153
1.	<i>Fundaciones privadas y fundaciones de ente público.</i>	153
2.	<i>Las fundaciones del sector público en la Ley 50/2002</i>	156
II.	LA APLICACIÓN GENERAL DE LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA A LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO.	158
1.	<i>Sector público, poder adjudicador y otros conceptos básicos para delimitar subjetivamente el ámbito de aplicación de la LCSP.</i>	159
2.	<i>Excepciones: en particular, establecimientos de carácter industrial o mercantil.</i>	161
3.	<i>Principios y normas de la legislación de contratos del sector público que son aplicables a las fundaciones que tengan la condición de poderes adjudicadores: una panorámica general.</i>	163
A)	<i>Distinción entre contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada</i>	163
B)	<i>Capacidad, perfil, aptitud</i>	164
C)	<i>Objeto y precio del contrato</i>	167
D)	<i>Plazos.</i>	168
E)	<i>Forma de los contratos</i>	169
F)	<i>Contenido de los contratos y garantías</i>	170
G)	<i>Impugnaciones.</i>	172

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES EN LAS CC.AA.

Legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de fundaciones	179
<i>José Luis Bermejo Latre</i>	
I. LAS COMPETENCIAS ESTATUTARIAS EN MATERIA DE FUNDACIONES	179
II. LA EXISTENCIA DE MERAS NORMAS ORGÁNICAS FRENTE A LA AUSENCIA DE REGULACIÓN SUSTANTIVA.	181
III. EL CASO PARTICULAR DE LAS FUNDACIONES PRIVADAS DE INICIATIVA PÚBLICA.	182
IV. CONCLUSIONES	184
La legislación de fundaciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco	187
<i>Edorta Cobreros Mendazona</i>	
I. INTRODUCCIÓN	187
II. LA LEGISLACIÓN DE FUNDACIONES DEL PAÍS VASCO	188
Normativa sobre fundaciones en la Comunidad Foral de Navarra	197
<i>Martin M.^a Razquin Lizarraga</i>	
I. EL PUNTO DE PARTIDA: LA REGULACIÓN DEL FUERO NUEVO DE NAVARRA SOBRE FUNDACIONES, LA CONSTITUCIÓN Y EL AMEJORAMIENTO DEL FUERO.	197
II. LAS FUNDACIONES NAVARRAS O DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD FORAL.	198
III. EL DOBLE RÉGIMEN NORMATIVO FORAL SOBRE FUNDACIONES.	199
IV. EL RÉGIMEN CIVIL DE LAS FUNDACIONES: EL PRIMER RÉGIMEN NORMATIVO DE FUNDACIONES	200
1. <i>Concepto, personalidad jurídica, fines, clases de fundación y actos de constitución</i>	201
2. <i>Régimen de la fundación: libertad absoluta del fundador</i>	201
3. <i>Organización de la fundación</i>	202
4. <i>Reversión y extinción</i>	203
V. EL RÉGIMEN DE LAS FUNDACIONES QUE SE ACOJAN AL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL DE FUNDACIONES: EL SEGUNDO RÉGIMEN NORMATIVO	203
1. <i>Concepto, personalidad jurídica, fines y clases de fundaciones</i>	205
2. <i>Régimen de la fundación: libertad condicionada del fundador</i>	206
3. <i>Constitución, estatutos y dotación de la fundación</i>	206
4. <i>Organización de la fundación</i>	208

5.	<i>Actuación de la fundación</i>	209
6.	<i>Disolución</i>	210
VI.	EL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL DE LAS FUNDACIONES	210
1.	<i>Impuesto sobre Sociedades</i>	211
2.	<i>Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados</i>	212
3.	<i>Tributos locales</i>	213
VII.	EL REGISTRO DE FUNDACIONES	213
VIII.	LAS FUNDACIONES PÚBLICAS	214
1.	<i>Creación</i>	214
2.	<i>Estatutos</i>	214
3.	<i>Patrimonio</i>	215
4.	<i>Régimen económico y presupuestario</i>	215
5.	<i>Régimen de contratación</i>	215
IX.	NOTAS DIFERENCIADORAS ENTRE EL RÉGIMEN LEGAL DE FUNDACIONES EN NAVARRA Y LA LEGISLACIÓN ESTATAL	216
	BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA NORMATIVA DE NAVARRA	218
	Las fundaciones en Castilla-La Mancha	221
	<i>Dolores Utrilla Fernández-Bermejo</i>	
I.	BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO DE FUNDACIONES	221
1.	<i>Régimen sustantivo</i>	221
2.	<i>Régimen competencial</i>	222
	A) El artículo 149 CE	222
	B) Los Estatutos de Autonomía	224
II.	RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES EN CASTILLA-LA MANCHA	227
1.	<i>Competencias asumidas</i>	227
2.	<i>Competencias normativas. Derecho aplicable</i>	230
3.	<i>Competencias ejecutivas</i>	233
III.	CONCLUSIONES	234
	Las fundaciones en Asturias	235
	<i>Alejandro Huergo Lora</i> <i>Javier García Luengo</i>	
I.	LA COMPETENCIA AUTONÓMICA	235
II.	LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA ENCARGADA DE LAS FUNDACIONES EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS	237
III.	LA NORMATIVA APROBADA POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA	241
IV.	ALGUNAS PARTICULARES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES PÚBLICAS EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS	242

V.	FUNDACIONES PRIVADAS DEPENDIENTES DE LA COLABORACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	247
VI.	JURISPRUDENCIA	250
	Las fundaciones en las Illes Balears.	253
	<i>Avelino Blasco Esteve</i>	
I.	LA COMPETENCIA DE LA CAIB EN MATERIA DE FUNDACIONES	253
II.	NORMATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LAS ILLES BALEARS EN MATERIA DE FUNDACIONES	254
III.	PANORAMA DE LAS FUNDACIONES EN ILLES BALEARS EN LA ACTUALIDAD	258
	Derecho andaluz de fundaciones	261
	<i>Manuel Rebollo Puig</i>	
	<i>Manuel Rodríguez Portugués</i>	
I.	LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA SOBRE FUNDACIONES Y NORMAS APROBADAS EN SU VIRTUD	261
II.	LA LEY 10/2005, DE 31 DE MAYO, DE FUNDACIONES DE ANDALUCÍA (LFA). CARACTERES GENERALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN	264
	1. <i>Del Decreto 89/1985 a la Ley 10/2005</i>	264
	2. <i>Ámbito de aplicación</i>	265
	3. <i>Las fundaciones del sector público andaluz y las fundaciones que gestionan obra social de las cajas de ahorro andaluzas</i>	267
III.	CONSTITUCIÓN, FUNCIONAMIENTO Y DISOLUCIÓN DE LAS FUNDACIONES ANDALUZAS	269
IV.	EL PROTECTORADO DE LAS FUNDACIONES ANDALUZAS	272
	1. <i>Inspección y comunicaciones</i>	272
	2. <i>Autorizaciones y otros controles administrativos similares</i>	275
	3. <i>Otras facultades; en especial, la intervención temporal de la fundación</i>	278
V.	NATURALEZA, FUNCIONES Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL REGISTRO DE FUNDACIONES DE ANDALUCÍA	279
	1. <i>Naturaleza</i>	279
	2. <i>Actos y documentos inscribibles</i>	281
	3. <i>Papel del Registro en relación con la denominación de las fundaciones</i>	282
VI.	FOMENTO Y PARTICIPACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS FUNDACIONES ANDALUZAS. EN ESPECIAL, EL CONSEJO DE FUNDACIONES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA	283
	1. <i>Actividad de fomento en relación con las fundaciones andaluzas</i>	283
	2. <i>Participación administrativa de las fundaciones andaluzas. El papel del Consejo de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía</i>	283
VII.	CONCLUSIÓN: PARTICULARIDADES DE LA LEGISLACIÓN ANDALUZA SOBRE FUNDACIONES EN RELACIÓN CON LA ESTATAL	285

El régimen jurídico de las fundaciones en el ordenamiento jurídico catalán 287

Joaquín Tornos Mas
María del Mar Martínez Martínez

- I. LEY 1/1982, DE 3 DE MARZO, DE FUNDACIONES DE CATALUÑA Y LEY 5/2001, DE 2 DE MAYO, DE FUNDACIONES 287
- II. LEY 4/2008, DE 24 DE ABRIL, DEL LIBRO III, DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA 290
 - 1. *Ámbito de aplicación* 292
 - 2. *De las fundaciones públicas* 293
 - 3. *Organización y funcionamiento* 296
 - 4. *Régimen económico* 298
 - A) Actos de disposición 298
 - B) Auditoría de Cuentas 299
 - C) Participación en sociedades 299
 - 5. *Fondos especiales* 300
 - 6. *La dotación inicial* 300
 - 7. *Modificación estatutaria, fusión, escisión y disolución* 301
 - 8. *Potestad de inspección del Protectorado* 302
- III. NORMATIVA ESTATAL VS NORMATIVA AUTONÓMICA 303

La legislación de fundaciones de Canarias 309

Francisco Villar Rojas
María Elena Sánchez Jordán

- I. LA INTERVENCIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS EN MATERIA DE FUNDACIONES 309
- II. RÉGIMEN JURÍDICO-SUSTANTIVO DE LAS FUNDACIONES CANARIAS 314
 - 1. *Concepto y ámbito de aplicación* 314
 - 2. *Elementos esenciales* 316
 - A) La finalidad de interés general 316
 - B) El patrimonio. La dotación 318
 - 3. *Constitución* 322
 - A) El negocio fundacional 322
 - B) La adquisición de personalidad jurídica 327
 - 4. *Régimen jurídico. Los estatutos* 328
 - 5. *Organización: gobierno y gestión* 329
 - A) El patronato 329
 - B) La gerencia 333
 - 6. *Actividad* 334
 - 7. *Modificación, fusión, federación y extinción* 336
 - A) Modificación 336

B)	Fusión y federación.	337
C)	Extinción	338
III.	CONTROL Y TUTELA ADMINISTRATIVA DE LAS FUNDACIONES.	340
1.	<i>Protectorado</i>	340
2.	<i>Registro de Fundaciones</i>	343
3.	<i>Consejo Asesor del Protectorado de Fundaciones Canarias</i>	344
IV.	EN PARTICULAR, LAS FUNDACIONES PÚBLICAS	344
1.	<i>Concepto y razón de ser</i>	344
2.	<i>Régimen jurídico</i>	346
V.	LAS ESPECIALIDADES DE LA NORMATIVA CANARIA FRENTE A LA ESTATAL	348
1.	<i>La relación de la ley canaria con la ley estatal</i>	348
2.	<i>Las especialidades de la normativa canaria</i>	351
	Las fundaciones en Castilla y León	353
	<i>José Luis Martínez-López Muñiz</i>	
I.	COMPETENCIAS ESTATUTARIAS.	353
II.	NORMATIVA PROPIA DE CASTILLA Y LEÓN	356
1.	<i>La Ley 13/2002, de 15 de julio, de fundaciones y otras medidas legislativas</i>	356
2.	<i>Regulación reglamentaria</i>	359
3.	<i>Justificación de una normativa autonómica</i>	359
III.	CARACTERES DE LAS FUNDACIONES «DE ÁMBITO REGIONAL» CASTELLANO-LEONÉS	360
1.	<i>Naturaleza</i>	360
2.	<i>Clases</i>	362
3.	<i>Ordenamiento aplicable</i>	365
4.	<i>Fines y beneficiarios</i>	367
IV.	REQUISITOS DE SU CONSTITUCIÓN.	369
1.	<i>Capacidad para fundar y requisitos para su ejercicio</i>	369
2.	<i>Formas de constitución</i>	370
3.	<i>Dotación</i>	371
4.	<i>Otros requisitos sustantivos</i>	372
5.	<i>Requisitos formales de validez y eficacia</i>	373
V.	GOBIERNO.	374
1.	<i>Patronato</i>	374
A)	Carácter, composición y organización.	374
B)	Estatuto personal de los patronos.	375
C)	Delegación de sus facultades y apoderamientos para su representación.	379
D)	Sustitución temporal por el Protectorado, particularmente en caso de «intervención».	380

2.	<i>Órganos subordinados</i>	381
VI.	RÉGIMEN PATRIMONIAL	382
1.	<i>Tipos de bienes y derechos del patrimonio fundacional: deberes en cuanto a su inscripción en Registros públicos y destino de sus rentas y demás «ingresos»</i>	382
2.	<i>Enajenación y gravamen</i>	385
3.	<i>Aceptación y repudio de herencias, legados y donaciones</i>	387
VII.	RÉGIMEN FUNCIONAL	388
1.	<i>Principios</i>	388
2.	<i>Actividades mercantiles e industriales</i>	388
3.	<i>Régimen gestor</i>	389
VIII.	MODIFICACIÓN, FUSIÓN, SEGREGACIÓN Y EXTINCIÓN	391
1.	<i>Modificación</i>	391
2.	<i>Absorciones y fusiones</i>	392
3.	<i>Segregación</i>	392
4.	<i>Extinción y liquidación</i>	393
IX.	SUPERVISIÓN ADMINISTRATIVA	393
1.	<i>El Protectorado y su régimen</i>	394
2.	<i>Registro de Fundaciones</i>	396

Las fundaciones de interés gallego 399

José Luis Carro Fernández-Valmayor

Luis Míguez Macho

Marcos Almeida Cerredá

I.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO	400
II.	EL CONCEPTO Y LOS ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO	401
III.	LA CONSTITUCIÓN DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO	404
1.	<i>Los requisitos para la constitución de las fundaciones de interés gallego</i>	404
A)	La capacidad para fundar	404
B)	La dotación fundacional	405
2.	<i>Modalidades de constitución</i>	405
3.	<i>El procedimiento de constitución</i>	406
A)	Los estatutos fundacionales: elaboración y contenido	406
B)	La aportación de la dotación	409
C)	La adquisición de personalidad jurídica	411
D)	La realización de actuaciones de carácter transitorio	411
IV.	LA ESTRUCTURA ORGANIZATIVA Y FUNCIONAMIENTO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO	412

V.	LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA AUTONÓMICA EN EL ÁMBITO FUNDACIONAL.	416
	1. <i>El Protectorado</i>	416
	2. <i>El Registro de Fundaciones de Interés Gallego</i>	420
	3. <i>El Consejo Superior de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Galicia.</i>	422
VI.	EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO.	422
	1. <i>El patrimonio fundacional.</i>	422
	2. <i>La financiación de las fundaciones de interés gallego</i>	424
	3. <i>La contabilidad y auditoría de las fundaciones de interés gallego.</i>	425
VII.	LA MODIFICACIÓN, FUSIÓN, ESCISIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO	427
VIII.	LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO GALLEGO	428
	1. <i>Antecedentes de la regulación actual</i>	428
	2. <i>Delimitación conceptual</i>	430
	3. <i>Creación y extinción</i>	430
	4. <i>Régimen jurídico</i>	431
IX.	LAS ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO CONTENIDAS EN LA LFIG CON RESPECTO AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS ESTATAL CONTENIDO EN LA LEY 50/2002.	433
	Las fundaciones en la Comunidad de Madrid.	437
	<i>José Luis Piñar Mañas</i> <i>Alicia Real Pérez</i>	
	I. DE LOS DECRETOS DE TRANSFERENCIAS A LA LEY DE FUNDACIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID. PREVISIÓN DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA	437
	II. LA LEY 1/1998, DE 2 DE MARZO, DE FUNDACIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID, Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 341/2005, DE 21 DE DICIEMBRE	439
	III. LAS FUNDACIONES DE INICIATIVA PÚBLICA Y LA REVERSIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS DE LAS FUNDACIONES EXTINGUIDAS	441
	IV. EL PROTECTORADO Y EL REGISTRO DE FUNDACIONES	446
	V. OTRAS NORMAS SOBRE FUNDACIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID	447
	Derecho de fundaciones en Extremadura	449
	<i>Vicente Álvarez García</i> <i>Pedro Brufao Curiel</i>	
	I. INTRODUCCIÓN	449

II. EL TÍTULO COMPETENCIAL AUTONÓMICO EXTREMEÑO EN MATERIA DE FUNDACIONES	450
III. EL POBRE DESARROLLO NORMATIVO DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE FUNDACIONES POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA	452
IV. JURISPRUDENCIA	456

DOCUMENTACIÓN

Nota sobre la evolución hacia un Estatuto de Fundación Europea . .	459
Jurisprudencia sobre fundaciones	469
<i>M.^a Natalia Mato Pacín</i>	
Legislación estatal.	495
Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones	495
Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo	523
Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo	559
Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal	575
Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de fundaciones de competencia estatal	609

